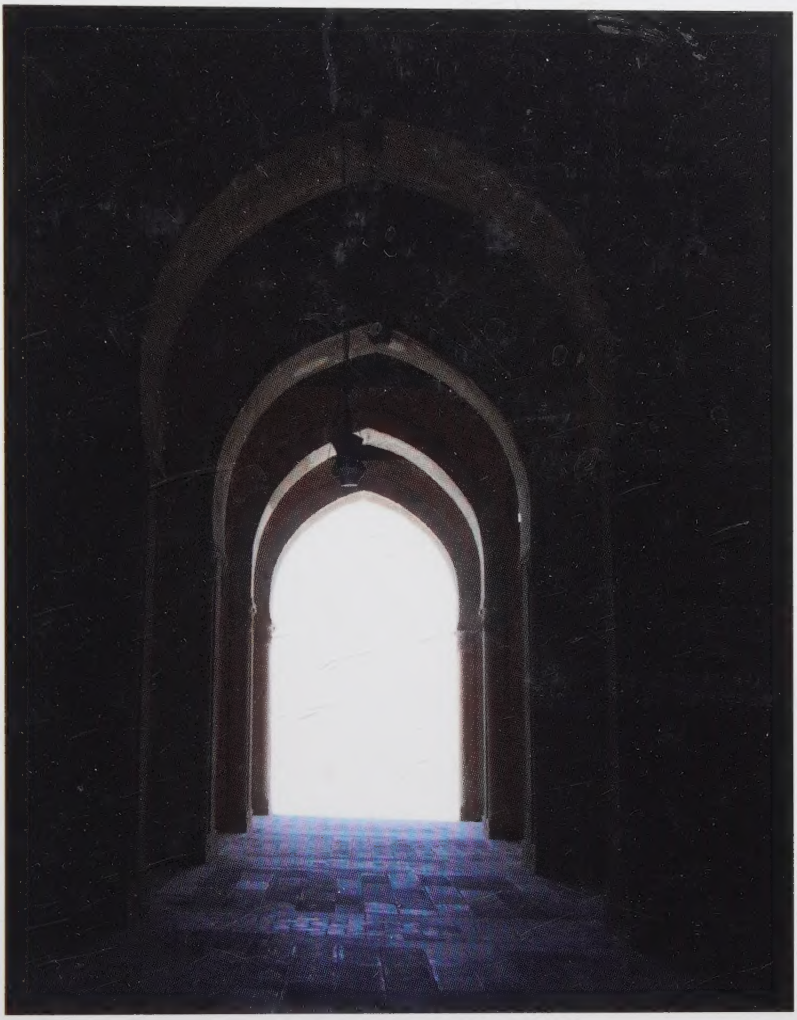


Science et Technique en Droit Privé Positif

François Geny

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/scienceettechniq0000fran

Science et Technique en Droit Privé Positif

François Geny

BIBLIOLIFE

Copyright © BiblioLife, LLC

This book represents a historical reproduction of a work originally published before 1923 that is part of a unique project which provides opportunities for readers, educators and researchers by bringing hard-to-find original publications back into print at reasonable prices. Because this and other works are culturally important, we have made them available as part of our commitment to protecting, preserving and promoting the world's literature. These books are in the "public domain" and were digitized and made available in cooperation with libraries, archives, and open source initiatives around the world dedicated to this important mission.

We believe that when we undertake the difficult task of re-creating these works as attractive, readable and affordable books, we further the goal of sharing these works with a global audience, and preserving a vanishing wealth of human knowledge.

Many historical books were originally published in small fonts, which can make them very difficult to read. Accordingly, in order to improve the reading experience of these books, we have created "enlarged print" versions of our books. Because of font size variation in the original books, some of these may not technically qualify as "large print" books, as that term is generally defined; however, we believe these versions provide an overall improved reading experience for many.

François GENY

Professeur de droit civil
à l'Université de Nancy

Science et Technique

en droit privé positif

Nouvelle contribution à la
critique de la méthode juridique

Grau, theurer Freund, ist alle Theorie
Und grun des Lebens goldner Baum.

(Goethe, *Faust*, Erster Theil,
im Studirzimmer.)

I

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE. — *POSITION ACTUELLE DU PROBLÈME DU DROIT POSITIF ET ÉLÉMENTS DE SA SOLUTION.*

DEUXIÈME TIRAGE

—(1922)—

Librairie de la Société du
Recueil Sirey
Léon Tenin, Directeur.
22, *Rue Soufflot*, *PARIS*

A LA MÉMOIRE

ILLUSTRE ET CHÉRIE

DE

RAYMOND SALEILLES

« Or va, ché un sol volere è d'ambedue
tu duca, tu signore e tu maestro »
(DANTE, *Inferno*, c II, v 139-140)

NOTE DE L'AUTEUR

Les idées essentielles, qui sont à la base des études, dont le présent cahier commence la publication, ont été annoncées dans une leçon faite, en 1910, au *Collège libre des sciences sociales*, sous ce titre : LES PROCÉDÉS D'ÉLABORATION DU DROIT CIVIL [1].

Mais le développement du plan, alors simplement esquissé, demandait des recherches approfondies et des réflexions prolongées. Finalement, j'ai jugé plus opportun de publier *par séries* les résultats, successivement fixés, de mes travaux sur ce sujet. Et l'extrême obligeance de mon sympathique éditeur, M. TENIN, me permet de réaliser, au mieux, ce dessein

J'offre donc aujourd'hui, à la suite d'une brève introduction, la première partie de l'ouvrage, qui indique, aussi nettement que possible, comment se pose actuellement, à mes yeux, le probleme du droit positif et cherche à discerner et caractériser les éléments généraux, d'ordres très divers, qui doivent être mis en œuvre pour le résoudre

Les seconde et troisième parties seront consacrées, l'une à l'élaboration scientifique, l'autre à l'élaboration technique, du droit positif privé.

Il y aura lieu ensuite, dans une quatrième partie, d'envisager les rapports respectifs de ces deux modes de l'investigation juridique, pour préciser la part qui revient à chacun d'eux et en combiner le jeu simultané.

Nancy, 15 octobre 1913.

---

1. Publiée dans : *Les méthodes juridiques*, Paris, Giard et Brière, 1911, p. 173-196

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Pages.

1. Objet de l'ouvrage : approfondissement de la méthode juridique..... 1-3
2. Ce que doit être l'œuvre des jurisconsultes. Analogie tirée de la critique philosophique des sciences..... 3-9
3. Insuffisance des travaux juridiques sous ce rapport..... 9-11
4. Esquisse des principales questions à élucider..... 11-13
5. Objection contre le caractère théorique de ces recherches. Réponse..... 14-15
5 *bis*. Directions à suivre et résultats à espérer..... 15-18
6. Trois indications générales sur la portée de ce travail.. 18-21

PREMIÈRE PARTIE

POSITION ACTUELLE DU PROBLÈME DU DROIT POSITIF ET ÉLÉMENTS DE SA SOLUTION

7. Programme de cette première partie..... 23-24

CHAPITRE PREMIER

CE QUI EST ACQUIS, CE QUI RESTE A FAIRE

8. Évolution de la méthode juridique, dans le sens *critique* et *actif*..... 25-28
9. Preuves et témoignages en faveur de ce mouvement..... 28-36
10. Résultats (définitifs ou incertains) du même mouvement. 36-37

Pages.
11. Conclusions (négatives) à tenir pour acquises..... 37-39
12. Ce qui reste à découvrir. Point de départ des nouvelles recherches..... 39-41

CHAPITRE SECOND

LA NOTION DU DROIT POSITIF D'APRÈS LES FAITS
Sa place dans la vie de l'humanité
— Ses caractères essentiels — Sa constitution.

I

13 Importance capitale de cette notion, trop souvent négligée ou oubliée... 42-43
14. L'homme dans le milieu social. Lois naturelles. Règles de conduite.. 43-45
15. Religion. Morale Mœurs. 45-47
16 Droit. Ses éléments essentiels à l'égard des autres règles de conduite..... 47-52

II

17. Droit idéal et droit positif Importance prépondérante de celui-ci..... 52-55
18. Milieu de formation normal du droit positif. L'État ... 55-57
19. Autres milieux possibles de formation du droit positif L'Église..... 58-63
20. Retour au droit positif de l'État. — Distinction du droit public et du droit privé. 63-56

CHAPITRE TROISIEME

LE DROIT POSITIF ENVISAGÉ RATIONNELLEMENT DANS SA NATURE ORGANIQUE ET EN VUE DE SON DÉVELOPPEMENT COMME OBJET DE CONNAISSANCE ET DE PRATIQUE

21. Objet et plan de ce chapitre..... 66-67

I

22. Caractère normatif du droit envisagé comme discipline sociale..... 67-70
23. Part de l'art et de la science dans le droit positif ... 70-71
24 Philosophie du sens commun progressif prise comme base de nos recherches..... 71-75

II

Pages
25. Complément à tirer de la « philosophie nouvelle ». Notion de celle-ci 75-80
26. Esquisse de « la philosophie nouvelle » et de ses conséquences méthodologiques 80-83
27. Critique de la « philosophie nouvelle ». Résultats négatifs et positifs 83-85
28. Ce qu'il en faut retenir pour notre objet 85-87

III

29. Appoint de l'École de sociologie scientifique. Histoire sommaire de celle-ci 87-89
30. Exposé et rejet de la doctrine fondamentale de cette Ecole 89-92
31. Ce qu'on doit en retenir pour notre objet 92-94

IV

32. Rôle de la connaissance et de l'action dans l'élaboration juridique 95-96
33. Le *donné* et le *construit* dans la matière de cette élaboration 96-98
34. Distinction de la « science » et de la « technique » du droit 98-100

CHAPITRE QUATRIÈME

DU ROLE DES ÉLÉMENTS INTELLECTUELS EN TOUTE ÉLABORATION DE DROIT POSITIF
(Essai d'épistémologie juridique)

35. Objet et caractère général de l'étude à faire ici 101-103
36. Place trop restreinte qu'occupe ce sujet dans les préoccupations des jurisconsultes 103-107
37. Idées directrices et plan des développements de ce chapitre 108-109

I

38. Part importante de l'entendement dans l'élaboration juridique moderne 109-110
38. Progression normale des opérations intellectuelles en la matière 111-113
40. *Summum* du développement la construction juridique. — Résumé et formule générale 113-114
41. Application de ce *processus* à l'élaboration du droit de succession 115-119

II

Pages.

42. Généralité de cette procédure en toutes disciplines. Ses particularités en droit 119-122
43. Limitation du problème qu'elle soulève. Valeur absolue de la logique formelle 122-126
44. Valeur des procédés purement intellectuels. Position du problème 126-130

III

45. Critique de l'abstraction et de la généralisation. Conclusions à en tirer 130-133
46. Critique des autres procédés intellectuels de la connaissance Résumé 134-135
47. Application de ces critiques à l'élaboration du droit positif 135-140
48. Observations complémentaires sur : 1° la distinction des réalités et des concepts; 2° l'intuition 140-145

IV

49. Examen spécial de quelques instruments de la pensée juridique 145-146
50. Le concept. Conditions et limites de son efficacité en droit positif 146-150
51. Le mot et la formule. Légitimité et fécondité de leur emploi en droit 150-152
52. Les définitions, les divisions et les classifications juridiques 152-156
53. Les raisonnements juridiques 156-157
54. Rôle capital de l'analogie. — Constructions, hypothèses, théories juridiques 157-160

V

55. La vérité juridique 160-161
56 Direction de l'intellect par la volonté. — Résumé sur le rôle des opérations intellectuelles dans l'élaboration du droit 161-164

CHAPITRE CINQUIÈME

LA MÉTHODOLOGIE GÉNÉRALE DU DROIT POSITIF

57. Position de la question. Plan de son étude 165-166

I

Pages.

58. Résumé de la méthodologie classique qui tend à distinguer et à spécialiser les méthodes suivant les sciences 167-172

59 Unité et homogénéité de la méthode sous la diversité de ses applications — Variété, complexité, inconsistance de la méthode des sciences sociales 172-179

60. Méthode du droit positif. Ses difficultés du point de vue de la méthodologie classique..... 179-181

II

61. Influence à reconnaître aux nouveaux courants philosophiques sur la méthodologie des sciences sociales . 181-185

62 Application de ces idées au droit positif... 186-188

63. La méthode du droit positif envisagée d'ensemble.... 188-194

III

64. Choix de deux applications (à titre d'exemples) de ces idées méthodologiques.... 194-195

65. Application au problème général du règlement des rapports pécuniaires entre époux.. 195-202

66. Application au cas tranché par Civ. cass. 25 juin 1902 (aff. Lecocq). 202-210

67. Conclusion sur la méthode juridique 210-211

SCIENCE ET TECHNIQUE

EN DROIT PRIVÉ POSITIF

INTRODUCTION

SOMMAIRE : **1.** Objet de l'ouvrage : approfondissement de la méthode juridique. — **2.** Ce que doit être l'œuvre des jurisconsultes. Analogie tirée de la critique philosophique des sciences. — **3.** Insuffisance des travaux juridiques sous ce rapport. — **4.** Esquisse des principales questions à élucider. — **5.** Objection contre le caractère théorique de ces recherches. Réponse. — **5** *bis*. Directions à suivre et résultats à espérer.

6. Trois indications générales sur la portée de ce travail.

1. — Le livre, que je présente aujourd'hui au public juridique, n'est ni une réimpression, sous un titre différent, ni une nouvelle édition, non pas même une refonte, de l'ouvrage sur la *Méthode d'interprétation*, que je publiai vers la fin de l'année 1899 [1]. Ce n'est pas que je n'aie été maintes fois sollicité de rééditer ce dernier travail, depuis longtemps introuvable en librairie. Et je conserve l'espoir d'en relever quelque jour les matériaux essentiels, pour les éprouver à nouveau et rajeunir leur ensemble, sans devoir abandonner, je le crois bien, les conclusions fondamentales de mes anciennes recherches.

Mais une tâche plus urgente et plus neuve s'est imposée

---

1 Fr. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, Chevalier-Marescq et Cie, 1899.

d'abord à mon esprit. Avant de reprendre, dans l'intention de les éclairer de nouvelles lueurs, les chemins déjà parcourus, il m'a paru nécessaire d'aller plus avant dans la voie de l'investigation profonde, de dépasser le but primitivement visé, d'embrasser corps à corps les réalités à pénétrer, en vue d'élucider quelques-uns des points, restés obscurs, ou à peine soupçonnés, dans les tâtonnements du premier effort, et, tablant ferme sur les résultats déjà acquis, grâce à celui-ci, d'assurer la conquête d'une position nouvelle dans le *Combat pour la méthode* [1].

Ce ne serait pas assez, en effet, d'avoir ouvert plus nombreuses et plus larges les issues des principes ou des règles, qui alimentent, soutiennent, développent la vie juridique. Il faut tâcher à découvrir, pour y puiser directement et l'épandre à notre guise, la source même, d'où jaillissent ces ruisseaux détachés. Cette source n'est autre que le *droit en soi*. Et, comme le droit consiste essentiellement en une pratique fondée sur une connaissance, il s'agit donc principalement de savoir comment nous pouvons discerner les préceptes juridiques, indépendamment des modes d'expression variés et contingents, qui ne les révèlent qu'en les déformant, et par quels moyens nous les devons faire passer dans la vie sociale de l'humanité. Double problème, de science et de pratique, qui, posé sur le terrain méthodologique, se ramène tout entier à une critique de nos procédés d'élaboration ou d'application du droit, dans ce qu'ils présentent de plus général.

---

1. J'ai, d'ailleurs, entre temps, présenté une application concrète de l'ensemble de mes idées méthodologiques dans mon ouvrage. *Des droits sur les lettres missives étudiés en vue du système postal français* (2 vol., Paris, 1911). Voy., sur ce livre, les comptes rendus ou études de MM. A. Tissier, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1912, nouv. série, t. XLI, p. 184-191. — E.-H. Perreau, dans *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, 1912, t. XXXVI, p. 97-112. — M. Nast, dans *Annales de droit commercial*, 1912, t. XXVI, p. 373-379. — R. Demogue, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1913, t. XII, p. 141-158.

De quelle façon, jurisconsultes, travaillons-nous en fait? de quelle façon devons-nous travailler ? Voilà bien, ce semble, traduit sous sa forme la plus simple, ce dont il nous importe, avant tout, de prendre conscience, et qui ne peut être fixé que par l'adaptation aux matières juridiques d'une théorie rationnelle, qui, partie des bases fondamentales de la connaissance, pénètre jusqu'aux ressorts intimes de l'action.

2. — Semblable question se pose, d'ailleurs, nécessairement, au regard de toutes les disciplines scientifiques, qui, de près ou de loin, tendent toujours à diriger la marche de l'homme vers un des buts de sa vie. Et l'on sait avec quelle curiosité, quelle perspicacité, quelle profondeur, a été reprise, à vrai dire même, renouvelée, en ces derniers temps, une critique pénétrante des sciences mathématiques et physiques [1]; critique, dont l'influence s'est non seulement fait sentir dans toutes les branches des sciences de la nature, chimie, mécanique, biologie, mais s'est étendue à l'histoire, à la linguistique, à la sociologie [2], et a retenti, avec une singulière puissance, jusqu'en des domaines, où l'effort scientifique se complète et s'abîme dans les plus intimes mystères de la croyance, la théologie, l'exégèse, l'apologétique religieuse [3].

---

1. Voy. notamment, à titre général : H. Kleinpeter, *Die Erkenntnistheorie der Naturforschung der Gegenwart*, Leipzig, 1905. — E. Meyerson, *Identité et réalité*, Paris, 1908, 2e éd., 1912. — A. Rey, *L'énergétique et le mécanisme au point de vue des conditions de la connaissance*, Paris, 1908. — F. Maugé, *La systématisation dans les sciences, ses conditions et ses principes*, Paris, 1909; et, plus spécialement, les ouvrages cités ci-dessous, p. 5-8, n° 2. — *Adde* encore ***, *Les lois de la science*, dans *Le Correspondant*, n° du 25 septembre 1906, p. 1041-1062.

2. Voy. notamment, à titre général, *De la méthode dans les sciences*, (études réunies par l'initiative de MM. P.-Félix-Thomas, puis Émile Borel). 1re série, Paris, Alcan, 1909; 2e série, Paris, Alcan, 1911.

3. Cons., à titre d'aperçu : P. Geny, *La conception moderne de la science et sa portée apologetique*, dans *Revue théologique française*,

Or, la marche, constamment suivie dans ce développement, déjà fécond, de la philosophie des sciences, nous fournit, dès l'abord, comme direction essentielle, que la critique d'une discipline déterminée se doit faire par les principes internes et propres de cette discipline et ne peut réussir que sous les efforts de spécialistes consommés en leur maniement.

On pourrait croire, — et longtemps, je l'avoue, j'avais pensé moi-même, — que les principes de la philosophie générale contiennent les germes de toutes les méthodologies particulières, et qu'il appartient aux philosophes de métier de développer ces germes, en mettant à la disposition des spécialistes les éléments nécessaires, pour leur permettre de pénétrer les réalités concrètes qu'ils ont à faire valoir. — Mais, il n'y a là qu'une illusion, dont le moindre danger ne serait pas de laisser irrémédiablement infécond un champ de recherches indispensable à défricher. De fait, ne suffirait-il pas aux jurisconsultes de considérer quelle maigre moisson offrent, en leur domaine, les résultats de la philosophie générale [1], pour emporter d'emblée, sur la foi d'une décisive expérience, la conviction que le secret intime de la vie juridique ne s'aperçoit pas de l'observatoire élevé des spécu-

---

1906, t. XI, p. 361-376. — *Adde*, les références indiquées plus loin, n° 86.

1. C'est une observation que j'avais déjà produite, avec références à l'appui, en 1899. Voy. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, n° 7, p. 15-17. Si j'atténue quelque peu aujourd'hui les termes de mon procès-verbal de carence, c'est surtout en tenant compte des ouvrages de W. Wundt (principalement : *Logik*. II. Methodenlehre. IV Abschnitt, IV. Capitel, Die Logik der Gesellschaftswissenschaften. 3. Die Rechtswissenschaft; et *Ethick*. III. Abschnitt, IV. Capitel, Die sittlichen Normen. 5. Die Rechtsnormen), que je n'ai connus qu'après avoir publié mon premier livre. — Je dois aussi signaler les travaux de M. Gaston Richard, notamment dans la *Revue philosophique*, et divers articles de MM. Aillet, Calderoni, Charmont, Mallieux, Meynial, Winter, relatifs à des sujets de philosophie juridique et publiés par la *Revue de métaphysique et de morale*, de 1900 à 1911.

lations abstraites, mais ne peut être saisi que de près et sur le terrain concret de son développement vivant. Aussi bien, quand on y réfléchit, on se rend aisément compte, que, la philosophie générale n'ayant pour objet que les raisons suprêmes et universelles des choses, et le philosophe n'étant rien de plus qu'un homme qui médite sur les données de la nature, en vue d'organiser méthodiquement le savoir et de diriger rationnellement l'action, chaque spécialiste doit philosopher à son heure, et, après avoir dégagé des faits soumis à son observation les lois de sa discipline, harmoniser celles-ci avec les principes supérieurs, accessibles, dans leur teneur essentielle, à tout homme qui consent à s'assujettir à la ferme domination de la raison. De telle sorte que, seul, le jurisconsulte puisse, à la condition d'être pourvu du minimum indispensable d'esprit philosophique, avoir chance de découvrir lui-même les ressorts les plus cachés de l'organisme juridique, qu'il lui incombe de mettre en œuvre.

Une décisive analogie confirme, ici, les suggestions du raisonnement. Nul, en effet, ne conteste que les résultats les plus précieux de cette critique des sciences, dont je rappelais tout à l'heure la récente floraison, sont dus à de purs spécialistes, piqués de la curiosité légitime de comprendre et de raisonner leurs procédés de travail familiers, qui ont su pénétrer l'essence et saisir le fonctionnement des disciplines qu'ils cultivent, à tel point que les philosophes de métier n'ont pu qu'enregistrer comme acquises leurs conclusions [1]. Et, sans remonter aux œuvres, déjà anciennes, mais toujours classiques, d' A.-M. Ampère [2],

---

1. Voy. par exemple : P. Hinneberg, *Die Kultur der Gegenwart*. Systematische Philosophie, Berlin u. Leipzig, 1907. — F. Enriques, *Les problèmes de la science et de la logique*, trad. Dubois, Paris, 1908. — L. Brunschwicg, *Les étapes de la philosophie mathématique*, Paris, 1912

2 A.-M. Ampère, *Essai sur la philosophie des sciences ou Exposition analytique d'une classification naturelle de toutes les connaissances humaines, 1834-1843*, 2e éd., 1857.

de J.-B. DUMAS[1] de DUHAMEL[2] de Claude BERNARD[3], de M. BERTHELOT[4], d'AGASSIZ[5], il suffit de rappeler les travaux de haute méthodologie, plus nouvellement produits par MM. J.-B. STALLO[6] et H. POINCARÉ[7], dans le champ des mathématiques associé à celui de la physique, P. DUHEM dans ce dernier domaine envisagé surtout sous son aspect expérimental[8], BOUASSE en physique et en mécanique[9], J. GRASSET en biologie[10], E. MACH[11] et W. OSTWALD[12], en

1. DUMAS, *Leçons sur la philosophie chimique*, professées au Collège de France (en 1836) et recueillies par M. BINAU. Paris, 1837, 2e éd., 1898.

2. J.-M.-C. DUHAMEL, *Des méthodes dans les sciences de raisonnement*, Paris, 1865.

3. Claude BERNARD, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, Paris, 1865; nouv. éd. en 1898 et 1900.

4. M. BERTHELOT, *Chimie organique fondée sur la synthèse*, Paris, 1860 — *Leçons sur les méthodes générales de synthèse en chimie organique, professées en 1864 au Collège de France*, Paris, 1864. — *La synthèse chimique*, 8e éd., Paris, 1897.

5. L. AGASSIZ, *De l'espèce et de la classification en zoologie*, trad. F. VOGELI, Paris, 1869.

6. J.-B STALLO, *La matière et la physique moderne*, avec préface de C FRIEDEL, 2e éd., Paris, 1891.

7. Notamment dans ses œuvres bien connues de haute vulgarisation : H POINCARÉ, *La science et l'hypothèse*, Paris, 1902. — *La valeur de la science*, Paris, 1905. — *Science et méthode*, Paris, 1908. — *Dernières pensées*, Paris, 1913.

8. P DUHEM, *La théorie physique. Son objet et sa structure*, Paris, 1906.

9. H. BOUASSE, *Introduction à l'étude des théories de la mécanique*, Paris, 1895. - *Développement historique des théories de la physique*, dans *Scientia*, 1910-1e, t. VII, p. 270-299.

10. Voy. notamment : J GRASSET, *Les limites de la biologie* (4e et 5e éd., avec préface de P. BOURGET), 1902-1907. Comp. *Introduction physiologique à l'étude de la philosophie*, 1908.

11. Voy. notamment : E. MACH, *La mécanique. Exposé historique et critique de son développement*, trad. fr. sur la 4e éd. allem., Paris, 1904 — *Erkenntnis und Irrtum. Skizzen zur Psychologie der Forschung*, Leipzig, 2e éd., 1906; trad. fr., par M. DUFOUR : *La connaissance et l'erreur*. — *Die Leitgedanken meiner naturwissenschaftlichen Erkenntnislehre und ihre Aufnahme durch die Zeitgenossen*, dans *Scientia*, 1910-1e, t. VII, p. 225-240, trad. par C. RAVEAU, *ibid.*, p. 125-140.

12. Voy. notamment : W. OSTWALD, *Zur Theorie der Wissenschaft*, dans *Annalen der Naturphilosophie*, 1904, t. IV, p. 1-27. — *Esquisse d'une philosophie des sciences*, trad. DOROLLE, Paris, 1911.

toute la sphère des sciences de la nature, E. Bernheim [1], Lacombe [2], Ch-V. Langlois et Ch. Seignobos [3], Rickert [4], Xénopol [5], dans l'ordre historique, — indépendamment de quelques études, moins caractéristiques peut-être, mais tout aussi probantes [6], — pour démontrer la réussite naturelle et l'efficacité presque spontanée de la réflexion des professionnels s'exerçant sur l'objet même de leurs investigations techniques — C'est au point que les philosophes d'origine, qui se sont consacrés à l'étude approfondie de la vie sociale, n'ont cru souvent pouvoir mieux faire que se détacher de leur formation initiale, pour se constituer, dans la *sociologie*, un domaine d'exploration propre, dont la possession plus exclusive leur permît de scruter le tréfonds [7]. — Il n'est pas jusqu'à l'apologétique religieuse,

1. E. Bernheim, *Lehrbuch der historischen Methode und der Geschichtsphilosophie*, 3e et 4e éd., Leipzig, 1903

2. P. Lacombe, *De l'histoire considérée comme science*, Paris, 1894 — *Introduction à l'histoire littéraire*, Paris, 1898.

3 Ch.-V. Langlois et Ch. Seignobos, *Introduction aux etudes historiques*, Paris, 1898. — Ch. Seignobos, *La méthode historique appliquée aux sciences sociales*, Paris, 1re éd., 1901, 2e éd., 1909

4. H. Rickert, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung Eine logische Einleitung in die historischen Wissenschaften*, Tubingen u. Leipzig, 1902

5. A.-D. Xénopol, *La théorie de l histoire*, 1908. — *L'idee de loi scientifique et l'histoire*, dans *Scientia*, 1912-2e, t. XVI, p. 401-409.

6. Notez, par exemple, pour l'histoire littéraire . G Renard, *La méthode scientifique de l'histoire littéraire*, 1900. — G. Lanson, *La methode de l'histoire litteraire*, dans *La Revue du mois*, 1910, t V, p 385-413, *L'esprit scientifique et la méthode de l'histoire littéraire*, dans *Revue de l Université de Bruxelles*, 1909-1910, t. XV, p. 296-307. — Et, pour la médecine · W Bieganski, *Medizinische Logik Kritik der aerztlichen Erkenntniss*, 1909. — P. Delbet, *L'esprit de l'enseignement médical*, dans *Revue de Paris*, n° du 1er mai 1912, p 63-93.

7. Qu'il me suffise de rappeler ici, à côté des études de M. G Richard (*Essai sur l'origine de l'idée de droit*, 1892, *L'idee d'évolution dans la nature et dans l'histoire*, 1903, *La sociologie générale et les lois sociologiques*, 1912), les travaux de M E Durkheim, dont il sera parlé plus loin. Voy. ci-après, 2e partie, chapitre huitième. — D'autre part, l'œuvre de M. G. Tarde a montré ce que l'on pouvait attendre, pour le développement de la sociologie, d'un homme, à qui sa profession et ses préoccupations personnelles avaient rendu ce domaine familier.

qui, témérairement abordée d'un point de vue trop exclusivement philosophique [1], n'ait été ramenée à ses lignes de direction adéquates par les efforts combinés des exégètes et des théologiens [2]. Partout, les spécialistes se sont montrés, finalement, les plus aptes, je dirai mieux, les seuls aptes, à tirer du fonds même de leurs études la méthode essentielle au progrès de leurs disciplines [3].

Il n'en saurait être autrement pour le droit, bien que l'on affecte volontiers de le mettre à part et comme en dehors du champ d'application des méthodes scientifiques [4]. Quels que soient les prétextes ou les ignorances, qui puissent expliquer ce dédain, il reste évident, pour ceux qui savent voir et juger, que le caractère, éminemment complexe, à la fois abstrait et vivant, encore incomplètement déterminé, d'ailleurs, de l'investigation juridique, requiert, pour sa pénétration et son affinement, un

1. Voy. notamment : Ed. Le Roy. *Dogme et critique*, 5e éd., Paris, 1907.

2. Cons. notamment : R. P. A. Gardeil, *La crédibilité et l'apologétique*, Paris, 1908. — *Le donné révélé et la théologie*, Paris, 1910. — Voy. aussi : Mgr. Mignot, *Lettres sur les études ecclésiastiques*, 1909, préface.

3. Comp. la notice relative à l'ouvrage : *De la méthode dans les sciences*, reproduite à peu près dans l'Avant-propos de la 1re série, 1909, p. II-III : « Il a semblé que le meilleur moyen d'obtenir un ouvrage traitant de la méthode dans les sciences était de le demander aux savants eux-mêmes et aux savants *les plus représentatifs* de chaque science particulière, de telle sorte que, sur les différentes méthodes, on ait des pages d'une indiscutable valeur, les auteurs nous parlant non par ouï-dire, mais par expérience, et pouvant, comme Descartes, justifier les procédés qu'ils décrivent par les fruits qu'ils en ont déjà recueillis ». — Voy. aussi : J. de Tonquédec, dans *Études*, no du 20 mars 1907, t. CX, p. 735, texte et note 1. — A. Rey, dans *Revue philosophique*, 1907-2e, t. LXIV, p. 493. — E. Boutroux, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1908, t. XVI, p. 699.

4. C'est ce qui peut expliquer — sans d'ailleurs la justifier — l'étrange lacune des deux volumes, publiés sous la direction de MM. P. Félix Thomas et E. Borel, et consacrés à la *Méthode dans les Sciences* (Paris, Alcan, 1909-1911), où aucune place n'était faite aux disciplines proprement juridiques. Cette lacune se trouve amplement comblée par l'œuvre collective, due au zèle actif et généreux de notre regretté collègue et ami R. Saleilles, sur les *Méthodes juridiques* (Paris, Giard et Brière, 1911).

effort de prise de possession plus direct et plus réaliste que tout autre objet de recherches. Les travaux accumulés, persévérants, fouillés, des spécialistes, sont donc, ici, particulièrement indispensables.

3. — Toutefois, les jurisconsultes ne paraissent guère, jusqu'alors, s'être rendu compte de cette nécessité et de l'obligation, qui s'en engendre à leur charge [1]. — La plupart [2] pratiquent délibérément une sorte de procédure mécanique d'interprétation et d'adaptation des préceptes juridiques, aux visées courtes, aux tendances étroites, limitée qu'elle est par un horizon immédiatement prochain d'application; et, si les courants nouveaux en ont pu quelque peu rajeunir l'inspiration, elle n'en reste pas moins, soit purement verbale, soit brutalement et aveuglément réaliste, toujours suffisante cependant, aux yeux de ses adeptes, pour assurer le progrès indéfini du droit. — Mais, que l'on considère même les esprits à large envergure, qui, ne reculant pas devant les efforts d'abstraction ou de généralisation, ressentent, et cherchent obstinément à satisfaire le besoin de rattacher les solutions de

---

1. Voy. cependant, comme essai en ce sens : R. v. Schubert-Soldern, *Zur erkenntnistheoretischen Begründung der Rechts-und Staatsphilosophie*, dans *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, de K. Bücher, 1908, p. 201-247 et p. 424-471. — puis : *Zur erkenntnistheoretischen Grundlegung des Verfassungsrechtes*, dans la même revue, 1910, p. 613-643. — Il convient aussi d'observer que l'important ouvrage de F. Berolzheimer, *System der Rechts-und Wirtschaftsphilosophie*, 5 vol., München, 1904-1907, débute par un tome premier consacré tout entier à la critique de la connaissance (*Kritik der Erkenntnisinhaltes*, 1904).

2. On peut évidemment distinguer, parmi les jurisconsultes, diverses classes d'esprits, comme on l'a fait notamment, à d'autres points de vue, entre les mathématiciens (voy. par exemple : H. Poincaré, *La valeur de la science*, 1905, p. 11-16, p. 29-34), ou entre les physiciens (comp. P. Duhem, *La théorie physique*, 1906, 1re partie, chap. IV, p. 85-108). La distinction, présentée dans la suite du texte, n'a pas d'autre portée et laisse intacte la question de valeur respective des tendances qu'elle sépare.

détail à des principes plus élevés, et de systématiser, en le construisant, l'ordre juridique positif de notre temps et de notre pays, on se voit contraint de reconnaître que tous, ou à peu près tous, ont négligé d'éprouver la valeur de leurs procédés de recherche, que, presque toujours, ils les pratiquent comme d'instinct, sans en avoir pris nettement conscience, que, si, parfois, ils les affirment, ils se gardent bien de les jamais justifier, voire d'en analyser ou évaluer les éléments, et qu'ils ne semblent même pas soupçonner les objections ou difficultés rationnelles, que soulèvent leur adoption et leur emploi [1]

Que si l'effort d'une confession personnelle — quelque modeste qu'en soit l'auteur — peut ajouter quelque chose au relevé objectif de ces défaillances, je ne ferai pas difficulté d'avouer ici, en toute sincérité, que mon impuissance à résoudre, de façon suffisante, le problème fondamental, que je signale à cette place, a marqué d'une infirmité radicale les conclusions *positives* de mon livre sur la *Méthode d'interprétation*. Ce n'est pas que je n'aie aperçu, dès lors, la question elle-même, du moins sous quelques-uns de ses aspects. J'ai conscience, en tout cas, d'en avoir senti l'importance et entrevu les difficultés. Mais je suis plus certain encore de n'y avoir proposé que des solutions vagues, incomplètes, équivoques, parfois contradictoires, qui, finalement, laissaient indéchiffré le mot essentiel de l'énigme [2]. — Chose étrange ! Cette lacune

1 Cette observation me paraît particulièrement frappante, au vu de l'immense effort, déployé, depuis près de trente ans, dans le champ du droit public, et que les juristes, spécialisés en d'autres branches, doivent savoir reconnaître avec une admiration mélangée d'envie. En dépit de leurs importants progrès, — et sans excepter l'œuvre magistrale de Léon Duguit, — nos savants publicistes n'arrivent pas à dégager une doctrine d'ensemble, irrésistiblement empoignante, faute, je le crois, d'avoir préalablement défini le mode et mesuré la portée de leurs procédés d'élaboration, qu'ils varient au gré des circonstances.

2. Cons. par exemple, les passages suivants : Fr. Geny, *Méthode*

capitale de mon travail, qui me poignait du remords profond d'une sorte de lâcheté intellectuelle, mais à laquelle j'avais dû passer outre pour aboutir aux résultats immédiatement possibles, ne semble pas avoir été aperçue de mes critiques. On m'a adressé — plus ou moins ouvertement — des objections parfois vives, sur bien des points de doctrine méthodologique, où, malgré tout, je sens, aujourd'hui encore, ma position restée très forte. Mais je ne sache pas que personne ait nettement aperçu le trou béant de l'œuvre entière, que, pour ma part, j'ai senti s'élargir encore davantage, quand j'ai vu de trop confiants disciples utiliser, parfois sans hésitation ni mesure [1], les lambeaux de vérité, que j'avais détachés, non sans effort, du bloc à peine entamé de la matière juridique, parfois simples morceaux de rapiéçage, à moitié taillés, disparates, ajustés tant bien que mal, qui ne servaient qu'à dissimuler provisoirement l'indigence de mon tissu. — Cet aveuglement de la critique m'a convaincu, de plus fort, de l'urgence d'une nouvelle enquête, dirigée directement, cette fois, vers le centre du grand mystère du droit, par les voies combinées de la connaissance et de l'action.

4. — Et, pour mettre, de suite, sous la clarté des spécifications concrètes, l'objet principal des présentes recherches, je signalerai, parmi les rayonnements, que, dès maintenant, j'entrevois, du problème envisagé dans ce travail, les questions suivantes : Quelle est la nature propre du droit objectif considéré, en fait, comme élément intégrant de la réalité sociale? Est-il objet de connaissance, ou simple matière pratique, ou, plutôt même,

---

d'interprétation, n^os^ 20-25, p. 35-46; n^os^ 60-81, p. 111-174; n^os^ 155-176, p. 457-552. — Voy. surtout ce que j'ai dit, aux p. 168-169 (n° 81), de la difficulté du problème et de sa nouveauté pour les juristes.

1. Comp. ce que j'ai écrit dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 845.

l'un et l'autre à la fois? — En tant qu'offert à la connaissance, par quels moyens le pouvons-nous saisir? quels biais ou quelles combinaisons nous permettront de lui adapter les instruments efficaces de l'investigation scientifique? — Envisagé comme susceptible de pratique, de quelle façon le ferons-nous pénétrer dans le tissu complexe et serré de la vie sociale? devrons-nous, pour cela, nous abandonner à l'empirisme pur, ou n'aurons-nous pas, ici même, comme guides, quelques procédés-types, que la raison puisse analyser, ou, du moins, reconnaître et estimer, de façon à en apprécier la valeur, ou à en assurer l'efficacité? — Mais, surtout, quels seront, en notre domaine, les rapports de la connaissance à l'action? Celle-ci ne prendra-t-elle pas finalement le pas sur la première? Ou pourra-t-on faire à chacune sa part, en délimitant avec précision leurs sphères d'influence respectives? — D'autre part, et soit qu'il s'agisse de reconnaître ou d'agir, quelle place doit être marquée, dans le diagnostic et dans l'application du droit, aux procédés intellectuels, vis-à-vis des ressorts du sentiment et des énergies de la volonté? Plus spécialement, comment les représentations par concepts ou les expressions verbales traduisent-elles les réalités juridiques et quelle valeur doit-on leur reconnaître? Quelle importance assigner, du même point de vue, à l'abstraction et à la généralisation? Quel rôle faire jouer, dans le droit, aux définitions, aux divisions, aux jugements, aux diverses sortes de raisonnements, aux hypothèses, aux théories, aux systèmes? Qu'appelons-nous exactement constructions juridiques? Quel usage en pouvons-nous faire? Quel abus en devons-nous éviter? — Ne peut-on compter sur certaines forces inconscientes pour suppléer aux défaillances de l'entendement? — Bref, et pour tout dire en peu de mots, quelle part revient, dans le droit positif et vivant, à la nature des choses, quelle part à l'artifice? Ou bien encore, quelles sont les conditions et les limites d'une systématisation légitime

du droit spontanément éclos, et que reste-t-il à faire, après elle, pour le maintenir en harmonie avec les réalités et la vie? — Autant de questions, parmi beaucoup d'autres, — assurément supérieures de portée à celles que soulèvent la précision des sources formelles ou une mise en œuvre minutieuse de l'interprétation juridique, — mais qu'à peine nous trouvons, de-ci, de-là, et toujours très accidentellement, posées, — dont, sans doute, on suppose certaines solutions passées en postulats, puisqu'on se borne à escompter les résultats qui en découlent.

Il serait grand temps, pourtant, de soumettre ces postulats à une critique désintéressée et sérieuse. Du moins, je l'espère, me passera-t-on comme légitimes la curiosité de savoir, en tant que jurisconsulte, ce que je fais et comment je le dois faire, aussi bien que l'ambition de communiquer pareille curiosité à d'autres, qui ne seront jamais trop nombreux pour travailler à la satisfaire. — Car je tiens à déclarer, dès l'abord, que je ne possède aucune solution toute prête des questions à élucider. Et je puis m'assurer, sans doute sérieux, que leur plein éclaircissement ne se présentera pas d'un seul coup ni à un seul esprit. — A tout le moins, faut-il commencer par dégager les divers aspects du problème, ordonner et hiérarchiser les points d'interrogation qui s'en dégagent, et y préparer les réponses, que des efforts répétés et collectifs pourront seuls, à la longue, arriver peu à peu à fournir [1].

---

1. L'ouvrage, publié par M. R. Demogue, sous ce titre *Les notions fondamentales du droit privé* (Paris, 1911), tout en apportant quelques éléments utiles à ce travail, depuis longtemps entrepris, me l'a montré d'autant plus nécessaire, par la complexité et la fuyance des idées qu'il offre comme formant les bases de l'édifice du droit civil. Voy. les comptes rendus critiques, présentés, sur cet ouvrage de R. Demogue, notamment par : H. Capitant, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, t. X, p. 729-741; M. Desserteaux, dans *Annales de droit commercial*, 1911, t. XXV, p. 107-124, Fr. Geny, dans *Nouvelle Revue historique de droit*, 1911, t. XXXV, p. 110-125. — L'effort critique, qui me paraît absolument inévitable ici, a été par-

5. — Je sais bien — elle n'est que trop connue — l'objection, qu'on oppose à cette recherche, comme à toute investigation portant sur les bases mêmes de la science. On nous dit, que ces problèmes théoriques restent sans influence sur le développement réel du droit vivant, que la méthode est affaire de *pouvoir* plutôt que de *savoir*, ou, tout simplement, qu'on l'apprend par le tact et l'habitude, en la pratiquant et non d'autre sorte. — Sophisme de pure paresse, dont l'attrait, strictement utilitaire, ne peut reposer que sur la méconnaissance de nos intentions ou la dénaturation de notre but véritable. Il ne s'agit pas de sacrifier la pratique à la théorie, non pas même de contester la supériorité pragmatique de la première sur la seconde. Il s'agit simplement de savoir si une pratique éclairée n'atteint pas plus sûrement et plus pleinement le but qu'une pratique aveugle, s'il ne vaut pas mieux allumer sa lanterne que tâtonner dans l'obscurité sans même se chercher un guide, et si, définitivement, une analyse consciente et impartiale de nos procédés d'investigation n'a pas quelque chance d'en accroître l'efficace. — La question ainsi présentée, — et elle ne saurait l'être autrement, — sa réponse ne peut faire doute. Partout nécessaires et fécondes, les idées d'ordre, de clarté, de discipline rationnelle, doivent, plus particulièrement encore, dominer l'élaboration du droit, qui tend, avant tout, à diriger la vie des hommes, en l'assujettissant à des règles conformes à leur nature raisonnable. Et, si l'on oppose la puissance de l'inconscient, qui engendrerait, ici comme en toute branche de la vie sociale, une évolution sponta-

---

tiellement tenté en quelques travaux récents. Voy. notamment : Dimitrie N. Micescou, *Essai sur la technique juridique*, thèse de doct. Droit, Paris, 1911-1912 Paul Condomine, *Essai sur la théorie juridique et sa fonction*, thèse de doct. Droit, Lyon, 1911-1912 Malheureusement, ces études manquent de la base philosophique indispensable, et, si elles offrent quelques vues intéressantes, elles n'ont pu aller au fond des choses ni résoudre les problèmes capitaux.

nément progressive, je répliquerai, d'une part, que cet inconscient, si mal défini et si équivoque, semble souvent fait de réflexions accumulées [1], d'autre part, que la dignité et la valeur de l'homme lui commandent de maîtriser, autant qu'il est en lui, les forces obscures qu'il rencontre sur sa route, enfin et surtout, qu'il paraît, du moins, nécessaire de reconnaître ce qui, de l'organisme du droit, appartient à un domaine dépassant les puissances humaines, pour assurer à celles-ci, dans la sphère d'action qui leur reste, le maximum de rendement utile.

En effet, nous ne prétendons pas prôner, *a priori*, une systématisation outrée, qui, sous prétexte de rationaliser la vie, s'appliquerait à la disséquer et à en recomposer les éléments à sa guise. Nous disons seulement que, l'homme possédant, en lui-même, des facultés capables de pénétrer, par certains côtés, l'énigme du monde et d'en diriger le mouvement dans un sens plus conforme à sa destinée, tout lui commande d'user au mieux de tous ses moyens, sans méconnaître la puissance des choses qui le dominent, mais, au contraire, en employant sa raison et sa volonté à y ajuster son activité propre.

5 *bis.* — Ce faisant, j'estime que nous suivrons les tendances les plus caractéristiques de l'heure présente, qui, dégagées des mouvements philosophiques dont elles sont issues [2], et condensées dans le terre à terre de leurs résul-

---

1. Voy., à cet égard, quelques observations intéressantes de Herbert Spencer, dans la *Revue bleue*, n° du 22 décembre 1906, 5e série, t. VI, p. 775-776.

2. Cons., à ce sujet : Ravaisson, *La philosophie en France au XIXe siècle*, Paris, 1868 — E. Boutroux, *La philosophie en France depuis 1867*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1908, t. XVI, p. 683-716; — et les comptes rendus du Congrès international de philosophie, tenu à Bologne en avril 1911, notamment d'A. Rey, dans *Revue philosophique*, juillet 1911, t. LXXII, p. 1-22 et d'H. Nobero, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1911, t. XIX, p. 617-684. — Voy. d'ailleurs, ce qui sera dit plus loin, notamment dans notre chapitre troisième, nos **24-31**.

tats, se résument en quelques directions extrêmement simples : Étant reconnue l'insuffisance du pur intellectualisme, qui n'aboutissait qu'à un décevant inconnaissable et à un déterminisme paralysant, étant certain, d'autre part, que le sentiment ne peut suppléer la science, il faut accepter les exigences de notre condition complexe et combiner entre elles les nécessités et les ressources qui s'offrent à nous. Ainsi, nous remédierons à la sécheresse de l'analyse par la fécondité, souple et riche, de l'intuition; en même temps que nous nous soumettrons pleinement au réel, nous saurons y adapter l'idéal qui est en nous; nous ne ramènerons pas les diverses sciences à la Science, mais, en les pénétrant toutes de l'esprit de libre recherche, nous nous efforcerons de traiter chacune d'elles suivant sa nature et sa méthode propres[1].

Et, pour appliquer directement ces vues à l'objet de notre étude, il nous suffira, le plus souvent, de prendre le droit, tel qu'il s'offre à nous dans les faits, pénétrant, régissant, modelant les actions humaines, et régnant sur les volontés, tantôt en la forme d'un précepte rigide, tantôt sous le couvert d'une pratique plus ou moins consciente, tantôt par le seul ascendant des idées, pour découvrir, dans sa structure et son fonctionnement mêmes, le secret de sa vie, qu'il s'agira seulement de dégager et de développer. Peut-être, un examen plus attentif de ses conditions vitales nous amènera-t-il à modifier, sinon même à renverser, le rang traditionnellement assigné aux organes et aux procédés qui constituent, dans son ensemble, l'ordre juridique, et, par exemple, à ne voir, dans la loi écrite, qu'un moyen technique de mettre pratiquement en valeur les principes issus d'une source plus voisine de la

1. Comp. P Bourget, sur E.-M de Vogué dans *Revue des deux mondes*,, n° du 15 janvier 1912, sixième période, t VII, p. 257-259. — A. Chaumeix, *Les critiques du rationalisme*, dans *Revue hebdomadaire*, janvier 1910, p.5-32.

réalité, partant plus élevée en dignité et en puissance [1]. Nous ne devrons reculer devant aucune audace, du moment qu'elle tendrait, soit à expliquer les choses plus profondément par elles-mêmes, soit à atteindre plus pleinement le but que nous aurions reconnu essentiel, pour satisfaire les besoins inhérents, de sa nature même, à ce phénomène social, d'une évidence incontestable en soi, qu'on peut définir, d'un mot, *le règne de la justice entre les hommes*. Ce n'est pas sur des préjugés, des partis pris, des conventions déformatrices de toute réalité, mais uniquement d'après leurs rapports avec les faits et suivant l'interprétation plus ou moins adéquate qu'elles en donneront, qu'il faudra juger nos conclusions.

Au surplus, — nous devons en convenir, d'avance, sans hésitation ni fausse honte, mais avec le seul souci de maintenir nos droits et de préciser notre position dans la recherche à entreprendre, — quoi que nous fassions, nous ne saurions attendre que la méthode du droit — qui se rattache étroitement à l'investigation des disciplines morales et sociales — arrive jamais à égaler, en précision et en sûreté, la méthode des sciences mathématiques, voire même celle des sciences de la nature physique [2]. — Mais, vraiment, pouvons-nous être responsables d'une infériorité, qui tient au fond même des choses, qu'il s'agit de pénétrer, et que nous sommes absolument impuissants à corriger tout à fait? Ne faisons-nous pas tout notre devoir, en tâchant, au mépris des obstacles et des écueils, dont nous sommes les premières victimes, à tirer, de l'objet que nous étudions, toute la richesse de ressources et de moyens qu'il nous offre? Puisque cet objet — personne n'en doute — est indispensable à la vie et au

1 J'entends réserver, pour l'instant, des solutions qui ne pourront venir à leur place que dans les troisième et quatrième parties de cette étude.

2. Voy ci-après notre chapitre cinquième.

progrès de l'humanité, on ne peut songer à le négliger, et il ne s'agit que de multiplier et d'affiner les moyens de lui arracher son secret Cette seule pensée doit suffire à nous encourager et à nous rassurer contre les déceptions qui nous attendent. Quant à ceux qui nous considèrent du dehors, pour juger de façon désintéressée les positions conquises, loin de dédaigner ou de mépriser nos efforts, — en comparant la pauvreté branlante de leurs résultats à la richesse solide de telles autres disciplines, — ils devraient, ce semble, les envisager avec d'autant plus de bienveillance, et — pourquoi ne pas le dire — d'admiration, que ceux, qui les poursuivent, ont un moindre espoir de réussir avec plus de peine à conquérir quelques lambeaux de vérité.

6. — Tel est l'esprit, qui inspirera, telles sont les vues d'ensemble, qui domineront, la présente étude. Mais pour mieux assurer l'effet et circonscrire la portée de celle-ci, je dois ajouter quelques indications générales.

Bien que l'essence et la méthode du droit soient les mêmes pour toutes ses branches, je n'entends considérer ici que le droit privé, et, plus particulièrement même, le droit civil. La spécialisation des compétences s'impose à nous comme une nécessité de fait, si nous voulons donner à nos conclusions l'autorité, qu'une connaissance approfondie, donc limitée, peut seule leur conférer. Sans doute, l'ampleur des problèmes m'amènera parfois à déborder mon cadre, par voie de comparaison, et pour donner aux points de vue envisagés tout le champ qu'ils comportent. Parfois même, j'excéderai l'horizon juridique, afin d'y attirer les lumières, que peuvent projeter sur lui d'autres disciplines, philosophie générale, critique des sciences, sociologie, notamment. Mais il doit rester entendu, qu'en dehors du droit civil, je ne puis qu'invoquer des autorités externes et m'appuyer sur des données acquises par le travail d'autrui. Je ne prends de res-

ponsabilité personnelle que pour les assertions émises sur le terrain qui m'est familier, et que je précise même encore comme étant celui du droit civil *français contemporain*. Car, si les nécessités d'une exposition probante me font parfois introduire ici les résultats de l'histoire du droit ou du droit comparé, ce ne sera que sous la réserve d'un « mieux informé », que m'impose, ici encore, mon incompétence.

En revanche, j'entends m'expliquer en toute franchise, et prendre le bien et le vrai où ils m'apparaîtront, insoucieux des routines comme du parti pris. Pareille affirmation n'est peut-être pas inutile au seuil d'un travail, que je sens, bon gré mal gré, chargé de postulats métaphysiques et de jugements de valeur, entre lesquels le choix nécessaire pourra heurter certaines opinions courantes. Si je ne puis, plus que tout homme au monde, prétendre me soustraire à l'influence d'idées préconçues, de préjugés d'origine, d'éducation, de milieu ou d'intérêt, je m'efforcerai d'en réduire la portée par une entière bonne foi et une ferme volonté d'impartialité objective. Mais je ne vois pas pourquoi je renoncerais, par une sorte de snobisme scientifique [1], à des convictions réfléchies ou aux opinions

---

1. C'est par un travers de ce genre qu'une bonne partie de la science allemande affecte d'ignorer les travaux de la philosophie et de la théologie catholiques. Cpr ce que dit à cet égard V. Cathrein, *Recht, Naturrecht und positives Recht*, 2e éd., 1909, p. 10-11, notamment p. 10, texte et note 2. — Toutefois, les esprits supérieurs échappent à cet exclusivisme. C'est ainsi que R. von Jhering s'est plaint vertement de l'ignorance où l'avaient laissé, à cet égard, les philosophes modernes et les théologiens protestants d'Allemagne. *Der Zweck im Recht*, 3e éd., t. II, 1898, p. 161, note 2. De même, J. Kohler ne manque pas une occasion de rendre justice à la science de saint Thomas d'Aquin. Voy. par exemple, dans *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, 7e éd., t. I, *Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte*, 1913, p. 3, note 1, p. 13, p. 51, texte et note 3; *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 1909, p. 5, p. 213; *Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie*, 1911-1912, t. V, p. 398 — *Adde* : R. Stammler, *Wirtschaft*

qui, sur les points les plus obscurs de l'énigme de notre univers, me paraissent encore, jusqu'à nouvelle démonstration, les plus plausibles. D'autre part, sans céder à un engouement irraisonné, je me tiendrais pour coupable de lâcheté ou d'inertie intellectuelles, si j'hésitais à emprunter aux mouvements d'idées, les plus riches et les plus osés de notre temps, les éléments sains et vrais que j'y croirai découvrir, pour en fortifier, en élargir, en accroître nos conceptions traditionnelles.

Un mot, enfin, touchant la documentation. Quelque lourde et ingrate que soit, pour les auteurs de travaux scientifiques, la tâche des citations et des références, son obligation s'impose dans toute étude tendant à un résultat objectif, qui ne se peut dégager que du choc des sentiments opposés ou du concours d'opinions individuelles conduisant à un jugement collectif. Toutefois, quand l'objet de l'investigation a une portée absolument générale, et que, parties d'un point très menu d'apparence, les recherches arrivent à s'épanouir en gerbes par la vertu de leur fécondité intrinsèque, la documentation ne saurait être complète ni même approcher de la plénitude. La vie d'un homme ne suffirait pas à explorer tout ce qui, de près ou de loin, peut intéresser un sujet tenant, par quelque côté, au cœur même de la science. A plus forte raison, ne peut-on demander semblable information à qui a dû, pour produire un résultat utile, condenser son effort, au milieu d'occupations multiples et variées, en quelques années de travail réfléchi. Je prie donc qu'on excuse mes lacunes, que je sens immenses, surtout du côté de la « littérature » étrangère. Au surplus, je n'ai cherché qu'à indiquer quelques opinions, vraiment « représentatives », dans les questions, qui se présen-

---

und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung, Leipzig, 1905, p. 166 ; *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Berlin, 1902, p. 114; *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911, p. 128, p. 547.

taient à mon examen. Si, d'autre part, j'ai cru devoir signaler parfois, principalement pour les matières extra-juridiques, des travaux ou des études de seconde main, voire même de simple vulgarisation, c'est surtout dans la pensée d'éveiller l'intérêt des jurisconsultes pour des questions d'ordre général, que je leur sens trop étrangères encore, et dans l'espoir de guider ainsi plus aisément les jeunes esprits vers les larges horizons, où l'étoile de la justice brillera d'un plus pur et plus attirant éclat.

PREMIÈRE PARTIE

POSITION ACTUELLE DU PROBLÈME DU DROIT POSITIF ET ÉLÉMENTS DE SA SOLUTION

« L'homme *peut donc plus qu'il ne sait* et la vraie science expérimentale ne lui donne la puissance qu'en lui montrant qu'il ignore » (Claude BERNARD, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, Paris, 1865, p 88).

SOMMAIRE : 7. Programme de cette première partie.

7. — Avant tout, il s'agit de préciser le problème, qui n'a été que signalé par aperçu dans l'introduction qui précède, en cherchant à fixer sa position à l'heure présente, par suite en constatant ce qui est acquis à la méthodologie juridique actuelle et en dégageant ce qui reste à y découvrir (chap. I).

Cela fait, — et puisque la méthode dépend essentiellement de l'objet à pénétrer, — il paraîtra sans doute nécessaire de rappeler la notion fondamentale du droit positif, tel qu'il se représente à l'esprit qui sait observer, en vue de le séparer des autres disciplines sociales et d'en marquer la spécificité propre au regard de celles-ci (chap. II).

Peut-être, alors, serons-nous à même de relier ce domaine, nettement caractérisé et délimité, à une philosophie générale de la connaissance et de l'action, qui ne saurait être superflue, en vue d'en diriger l'exploration (chap. III).

Désormais, et avec le secours de ces adjuvants préliminaires, il sera possible de tracer un plan de l'étude à

poursuivre, en distinguant les aspects capitaux du problème, pour les envisager séparément ensuite. — Mais encore, — et avant d'entrer dans les développements ultérieurs de la thèse, qui feront l'objet des parties suivantes de ce travail, — conviendra-t-il d'examiner sommairement, dès la fin de notre première partie, certains points communs à toutes les faces du sujet, rôle des éléments intellectuels en toute élaboration juridique (chap. IV), adaptation au droit positif de la méthodologie générale des sciences (chap. V).

CHAPITRE PREMIER

CE QUI EST ACQUIS. CE QUI RESTE A FAIRE

Sommaire : **8.** Évolution de la méthode juridique dans le sens *critique* et *actif*. — **9.** Preuves et témoignages en faveur de ce mouvement. — **10.** Résultats (définitifs ou incertains) de même mouvement — **11.** Conclusions (négatives) à tenir pour acquises. - **12.** Ce qui reste à découvrir. Point de départ des nouvelles recherches

8. — Un observateur, perspicace et impartial, ne peut manquer de reconnaître, qu'au cours des vingt-cinq dernières années, un changement profond s'est produit dans la manière générale d'envisager les choses du droit, et que, fortement préparée et nettement entrevue vers la fin de l'âge précédent, une nouvelle méthode de leur élaboration s'est véritablement affirmée et déjà quelque peu développée à l'aube du XX^e^ siècle

Que cette évolution ait été commandée par les circonstances ambiantes de la vie sociale et politique, qu'elle se présente comme la suite, naturelle, voire nécessaire, de l'épuisement de la méthode antérieure, qu'elle soit due à un *consensus* spontané des esprits ou, peut-être, à une sorte de fermentation collective, nous en conviendrons volontiers, pourvu qu'on nous accorde qu'elle existe, le concours des forces qui l'ont consommée n'étant, d'ailleurs, qu'un argument de plus en faveur de son objectivité.

Et, aussi bien, si l'on mettait en doute la réalité profonde du mouvement opéré dans les œuvres comme dans les esprits, nous prierions seulement, à titre d'expérience

préliminaire, qu'on voulût bien comparer le *Cours élémentaire de droit civil* [1], de F. LAURENT, qui résume et parachève les *Principes du droit civil* [2] du même auteur, et dont la préface exprime sous une forme exaspérée les tendances fondamentales de ces ouvrages[3], avec le *Traité élémentaire de droit civil* [4], de M. PLANIOL, dont l'esprit, à peine dégagé en une brève introduction, ressort surtout de son développement interne, pour nous dire ensuite si ces deux œuvres, représentatives, à mon avis, de deux *moments* bien distincts, de l'état d'âme dominant chez les juristes français, ne sont pas placées, dans ce qui marque leur sens profond et l'originalité propre de chacune d'elles, à des pôles tellement opposés, qu'elles semblent parfois exprimer, en commentant et appliquant les mêmes textes, deux systèmes de droit positif profondément différents.

Veut-on, maintenant, connaître la portée, essentielle et capitale, du changement incontestablement réalisé? — On peut, je crois, si l'on sacrifie les divergences de détail et les préférences personnelles, pour ne retenir que ce qui peut être objectivement et à grands traits constaté, traduire cette évolution en deux mots : de *formelle* et *passive* qu'elle a été ou tendait à être, la méthode juridique s'est faite

1. F. LAURENT, *Cours élémentaire de droit civil*, 4 volumes parus en 1878, à Bruxelles (Bruylant-Christophe et C^ie^) et à Paris (A. Marescq aîné).

2. F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, 33 volumes parus de 1869 et 1878, à Bruxelles et Paris.

3 F LAURENT, *Cours élémentaire de droit civil*, 1878, t. I, p. 5-12b. — Il faut lire cette préface entière, si l'on veut avoir une idée nette du type de l'ancienne méthode juridique, qu'elle a poussé jusqu'au bout. — Il est bien entendu que je ne prends ici l'œuvre de LAURENT que comme le point d'aboutissement extrême; mais logique, d'un système d'interprétation qui n'a jamais été unanimement accepté en France. Il reste, d'ailleurs, certain, qu'à son apparition, cette œuvre a obtenu un succès réel près d'une bonne partie de la doctrine française et, plus encore, dans la pratique judiciaire.

4. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 6 éditions de 1899 à 1913 (Paris, Pichon et Durand-Auzias).

critique et *active;* de telle sorte que ce qui n'était primitivement guère plus qu'une *interprétation des sources* tend à se muer en *interprétation du droit* lui-même. L'effort principal des jurisconsultes, au XIX^e^ siècle, visait à faire rendre aux modes d'expression du droit positif, — notamment, et parfois même exclusivement, au plus formel d'entre ces modes, la loi écrite, prise comme manifestation d'une volonté contraignante, — tout ce que l'on pouvait en tirer. Cet effort parvenu au terme extrême de ses résultats possibles, il fallait bien, pour poursuivre le progrès nécessaire, chercher, derrière l'enveloppe formelle du texte légal, la réalité dont celui-ci n'était que le symbole, et, soit accepter de la loi écrite une notion plus objective et plus vivante, soit admettre, à côté d'elle, des sources moins formelles et plus plastiques, la coutume, la jurisprudence, soit même s'adresser plus haut encore et chercher à pénétrer l'essence propre de la vérité juridique, vérité insaisissable d'un coup et en son entier, fuyante et variable à raison des modalités infinies qui la conditionnent, mais à laquelle nous ramène inéluctablement une aspiration instinctive vers le but suprême du droit. Au fond, quoi qu'on veuille dire, et en dépit des fictions dont on le voile, ce dernier et suprême idéal restera l'aboutissement nécessaire de l'investigation juridique. Et, sans doute, le problème de sa conciliation avec les exigences de la vie pratique reste bien loin d'être résolu, — la présente étude en est, après beaucoup d'autres, le témoignage. — Mais, — mise à part même l'assurance de cet accord, — le besoin ne fait que s'affirmer, sous

1. La tendance *critique* me semble être le minimum de ce qu'on doit accorder aux nouvelles méthodes comme résultat incontestable. Il y a eu ici, pour les jurisconsultes, une émancipation intellectuelle, analogue à celles qui se sont produites, en d'autres domaines, aux XVI^e^ et XVIII^e^ siècles. Il est remarquable, qu'après avoir été longtemps retardée par certaines doctrines de droit public (comme, par exemple, la séparation des pouvoirs), la rénovation juridique a trouvé ses modèles achevés chez les publicistes L'œuvre des HAURIOU, MICHOUD, BERTHÉLEMY, DUGUIT, JÈZE, est particulièrement à signaler à cet égard.

mille formes, d'élargir l'horizon des jurisconsultes jusqu'à la recherche d'une justice supérieure, qui demeure humaine par son contact avec les réalités du milieu social, auquel elle se doit adapter, qui, de soi, pourtant, plane fort au-dessus des modes insuffisants de son expression contingente.

Et, c'est ainsi que, de plus en plus, s'estompe et se dégrade la distinction entre *doctrine, jurisprudence, législation*, qui reste indispensable à la mise en œuvre pratique du droit, mais où l'on voudrait à tort voir l'établissement de cloisons étanches séparant des domaines impénétrables l'un à l'autre. Le sens critique et réaliste des jurisconsultes les a conduits, au mépris des oppositions systématiques, d'abord, à admettre, voire à accentuer, l'influence des arrêts de justice sur l'interprétation dogmatique, puis, même, à insinuer les considérations législatives du moment dans l'élaboration du droit positif en vigueur. Sans doute, tous n'en sont pas arrivés au point extrême du mouvement. On voit subsister, chez beaucoup, des hésitations, des résistances; on observe même, parfois, de véritables réactions, dues à la ténacité des habitudes ou au retour du vieil esprit. Les menues diversités d'opinions restent nombreuses et pourraient aisément tromper celui qui ne considérerait que tel ou tel coin du tableau. Mais, si l'on en prend la vue d'ensemble, on demeurera convaincu qu'un sincère agrandissement du cadre juridique, allant jusqu'au mélange incessant du droit passé et du droit à venir, est à considérer comme un *desideratum*, aujourd'hui familier aux jurisconsultes français des nouvelles générations.

9. — La manifestation de ces tendances se pourrait déjà rencontrer, encore voilée et un peu timide, chez quelques personnalités éminentes, que leur formation semblait plutôt devoir rattacher aux anciens errements. — Ainsi, quand, en 1902, on vit apparaître, à la suite du programme de la *Revue trimestrielle de droit civil*, l'article

magistral du très regretté professeur ESMEIN[1], qui inaugurait cette publication, on put se demander si ces lignes, bien modérées pourtant dans leurs visées, eussent été écrites, telles qu'elles étaient, quinze années auparavant. Il est vrai que le maître commençait par affirmer que : « Nous vivons, quant au droit privé, sous l'empire d'une loi écrite, le Code civil et les lois qui l'ont modifié »[2]. Mais il se hâtait d'ajouter que « pour être ainsi fixé, ce droit ne pouvait être immuable. La substance du Code civil s'est peu à peu assouplie et transformée »[3]. Puis, cherchant à montrer à l'œuvre les instruments interprétatifs qui avaient opéré ces modifications, il insistait sur l'importance de la jurisprudence « véritable expression du droit civil..... loi réelle et positive tant qu'elle n'est pas changée »[4]; il indiquait que la doctrine devait la prendre comme principal objet d'étude, pour la traiter par la méthode historique en même temps qu'en faire la synthèse[5]; et, tout en écartant, parce que peu féconde à son avis, la comparaison du droit étranger, il concluait que l'étude du droit civil, pour conserver le premier rang parmi les sciences juridiques, devait « se régénérer largement et s'inspirer de méthodes nouvelles »[6]. — Un peu plus tard, en 1904, à l'occasion du centenaire du Code civil, parlant au nom de la Cour de cassation et avec la haute autorité qui lui appartient personnellement, M. le premier président BALLOT-BEAUPRÉ tâchait à bien mar-

1. A ESMEIN, *La jurisprudence et la doctrine*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p 5-19.

2 et 3 A. ESMEIN, *op. cit.*, p. 5.

4 A. ESMEIN, *op. cit.*, p. 12 — *Adde* du même auteur, l'article sur *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, t II, p. 5-53, où il applique ses idées à une hypothèse fort délicate au point de vue dogmatique

5. A. ESMEIN, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p 13-16

6 A. ESMEIN, *ibid*, p. 19. — Et, sur le rôle du droit comparé, p. 17-18.

quer le rôle de la jurisprudence dans l'élaboration du droit. Et, après avoir posé le principe de la nécessité d'une loi écrite pour appuyer toute interprétation légitime de droit positif, en même temps qu'il affirmait le caractère impératif du texte légal « clair et précis, ne prêtant à aucune équivoque », il ajoutait : « Mais, lorsque le texte présente quelque ambiguité,... j'estime que le juge, alors, a les pouvoirs d'interprétation les plus étendus; il ne doit pas s'attarder à rechercher obstinément quelle a été, il y a cent ans, la pensée des auteurs du Code, en rédigeant tel ou tel article, il doit se demander ce qu'elle serait si le même article était aujourd'hui rédigé par eux; il doit se dire qu'en présence de tous les changements, qui, depuis un siècle, se sont opérés dans les idées, dans les mœurs, dans les institutions, dans l'état économique et social de la France, la justice et la raison commandent d'adapter libéralement, humainement, le texte aux réalités et aux exigences de la vie moderne » [1]. Qu'est-ce à dire, sinon qu'au delà du texte légal, dont la formule ne se pose qu'en moyen artificiel et technique, — indispensable, d'ailleurs, comme tel, — de limiter l'arbitraire de l'appréciation individuelle, le juge doit viser un idéal supérieur de justice, conditionné par tous les éléments qui « informent » la vie sociale. Sous les réserves et atténuations, qu'explique assez le sentiment de sa haute responsabilité et de celle du Corps dont il était l'organe, chez le magistrat le plus élevé de la hiérarchie, telle est bien l'idée qui pénétrait tout son discours

1 Ballot-Beaupré, Discours prononcé, pour la célébration du centenaire du Code civil, dans le grand amphithéâtre de la Sorbonne, le 29 octobre 1904, et publié dans la brochure intitulée . *Le centenaire du Code civil*, Paris, 1904, p. 27 — Comp. le discours d'installation de M. le Président Ballot-Beaupré, à la Cour de cassation, le 16 octobre 1900, *Le Droit* du 17 octobre 1900, p. 925, col. 1-2. — On peut relever une note légèrement différente dans le discours d'installation de M. le Procureur général Baudouin, à la Cour de cassation, le 7 août 1901, *Le Droit* du jeudi 8 août 1901, p. 729, col 4.

et qui se concrétisait notamment dans les sobres et majestueux développements, où il exposait, en une série d'exemples significatifs, comment la jurisprudence française avait complété ou suppléé la loi, préparant souvent ainsi une législation nouvelle, comment aussi elle avait su échapper à l'écueil de l'interprétation littérale, tantôt restreignant l'application des textes, tantôt, au contraire, les amplifiant extensivement [1].

Ce qui n'était, sous la plume ou dans la bouche de ces coryphées de la science juridique, qu'une inclination discrète et un encouragement plein de réserves, s'est transformé, chez la plupart des jurisconsultes qui raisonnent leurs procédés de travail, chez ceux surtout qu'une initiation plus récente amenait à la science vierges de préjugés et ouverts à de nouveaux courants, en un mouvement réfléchi, décidé et persévérant, vers l'extension des sources et l'assouplissement des principes du droit positif [2]. — Ce mouvement ne s'est pas seulement révélé en des travaux critiques, suscités par l'exposé systématique des nouvelles tendances [3]. Il s'est traduit, de façon

---

1. Ballot-Beaupré, *op. cit.*, p. 29-36. — Voy. aussi le discours de M. Glasson, doyen de la Faculté de droit de l'Université de Paris, prononcé, le même jour et en la même occasion, dans : *Le centenaire du Code civil*, Paris, 1904, p. 37-47; notamment, p. 45-46.

2. Comp. Fr. Geny, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 844-849.

3. Voy., entre autres, — outre les comptes rendus de mon livre sur la *Méthode d'interprétation*, publiés par A. Tissier dans *Revue bourguignonne de l'enseignement superieur*, 1900, t. XI, p. 151-179, J. Percerou, dans *Annales de droit commercial*, 1900, t. XIV, p. 145-160, Ed. Meynial, dans *Nouvelle Revue historique de droit*, 1901, p. 375-394, E. Levy, dans *L'Année sociologique*, 1900, p. 319-323, les études suivantes : Ed. Lambert, *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1900-2°, t. XL, p. 216-243. — F. Peltier, *Le droit et la loi* (discours) dans *Bulletin de l'Université de Lille*, décembre 1900, p. 132-139. — H. Pinon, *Au dela du Code civil*, dans *La Quinzaine*, n° du 16 octobre 1901, p. 488-508. — Ed. Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, 1903. — A. Alvarez, *Une nouvelle conception des études juridiques et de la*

plus large, plus sérieuse et plus durable, notamment dans plusieurs des études, publiées depuis sa fondation par la *Revue trimestrielle de droit civil*, non moins que dans la direction générale constamment suivie par cet organe de nos plus qualifiés civilistes [1], dans l'élaboration parallèle, menée, sur le terrain des réformes à l'ordre du jour, par la *Société d'études législatives* [2], dans la plupart des travaux, suscités par le centenaire du Code civil [3], qui ont abouti à l'activité permanente de la commission extra-parlementaire de revision [4], et surtout en de nombreuses thèses de doctorat, inspirées souvent de l'enseignement des maîtres, mais parfois le prolongeant, sinon même le dépassant, en tout cas, cherchant délibérément à mettre en valeur les idées de la nouvelle critique par leur adaptation à des questions spéciales qui permettaient d'en éprouver la solidité [5]. — Sans parler et des études critiques de jurisprudence de plus en plus développées et de

---

codification du droit civil, 1904 — Ch. Cézar-Bru, *La méthode d'interprétation du droit civil La coutume et le droit comparé*, dans *Revue générale du droit*, 1904. t. XXVIII, p. 330-352. — J. Charmont, *Les sources du droit positif à l'époque actuelle*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1906, t. XIV, p. 117-133. — J Peritsch, *Les tendances actuelles du droit privé en France et en Allemagne*, dans *Revue générale du droit*, 1903, t. XXXII, p. 48-58 (travail publié d'abord en allemand, sous le titre : *Die gegenwartige Richtung der privatrechtlichen Studien in Frankreich und Deutschland*, dans *Blatter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*, décembre 1906, p 371-380. — Paul Appleton, *La méthode juridique et le rôle de la pratique dans l'enseignement* (discours à la conférence du stage des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, le 7 décembre 1911).

1. Voy. la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902 et sq notamment : *Bibliographie* et chroniques de *Jurisprudence*.

2. Voy. *Bulletin de la Société d'études législatives*, paraissant depuis 1901-1902.

3 Voy. notamment : *Le Code civil. Livre du centenaire*, Paris, 1904.

4 Voy. le résumé des travaux de cette commission et de ses sous-commissions, dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, depuis le t. IV, 1905.

5. Qu'il me suffise de citer, un peu au hasard, parmi celles dont je me trouve avoir plus particulièrement connaissance, les thèses de doc-

quelques ouvrages capitaux, dont les auteurs n'ont pas craint d'affirmer la nécessité d'une nouvelle orientation et ont cherché à en définir le cadre [1].

Il n'est pas jusqu'à certaines déformations morbides de l'évolution, telles que le trop célèbre « Phénomène Magnaud », qui, en dépit de leurs excès, par l'attention et la critique qu'elles ont éveillées, n'aient contribué à faire sentir l'urgence d'une réforme et témoigné de sa popularité [2].

---

torat (sciences juridiques) de MM. E Gaudemet (Dijon, 1897-*1898*); D. Negulesco (Paris, 1899-*1900*); M. Tesseire (Aix-Marseille, 1900-*1901*); P. Bretonneau (Paris, 1901-*1902*); O Jallu (Paris, 1901-*1902*), G. Ripert (Aix-Marseille, 1901-*1902*), P. Appleton (Lyon, *1902*-1903); L. Bérard (Paris; 1902-*1903*); F. Lacroix (Paris, *1903*-1904); P. Binet (Nancy, 1903-*1904*), A. Pichon (Paris, 1903-*1904*); L. Hugueney (Dijon, 1903-*1904*); M. Breton (Paris, 1903-*1904*), A. Loniewski (Aix-Marseille, 1904-*1905*); H Donnedieu de Vabres (Paris, 1904-*1905*); J Perrin (Paris, 1904-*1905*); P Cazelles (Paris, 1904-*1905*); G. Dereux (Paris, 1904-*1905*), F. Bouchard (Grenoble, 1905-*1906*); A Tamboise (Lille, 1905-*1906*); L. Guyénot (Dijon, 1905-*1906*), M Nast (Paris, 1905-*1906*); R. Barillot (Paris, 1906-*1907*); I-N. Micesco (Paris, 1906-*1907*); J Ricol (Toulouse, 1906-*1907*); N. Titulesco (Paris, *1907*-1908); L. Valette (Paris, 1907-*1908*), E Coquet (Poitiers, 1907-*1908*); M. Desserteaux (Dijon, 1908-1909); L. Bernard (Aix-Marseille, 1908-*1909*); R Japiot (Dijon, 1908-*1909*); G. Fortier (Dijon, 1908-*1909*); G. Goubeaux (Nancy, *1909*-1910); G. Cohendy (Lyon, 1909-*1910*), P. Hugueney (Dijon, 1909-*1910*); H Gazin (Dijon, *1910*-1911); J. Spassoievitch (Paris, 1910-*1911*); H. Vizioz (Bordeaux, 1911-*1912*), E. Gounot (Dijon, 1911-*1912*); P. Condomine (Lyon, 1911-*1912*); A. Henry (Nancy, 1912-*1913*). — Je voudrais pouvoir ajouter que, par une réaction nécessaire du nouveau mouvement, les études juridiques se sont étroitement rapprochées des études économiques et sociales Toutefois, ce résultat, pour logique et naturel qu'il fût, s'est trouvé malheureusement entravé par le jeu d'une spécialisation, nécessaire, en fait, mais dont les excès devront trouver leur correctif.

1. Voy notamment G. Baudry-Lacantinerie et M Houques-Fourcade, *Des personnes*, t. I, à partir de la 2e édition, 1902, nos 256-264 et les *bis* — Ed Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, 1903 — H Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil. Notions générales* (2e éd , 1904, et 3e éd., 1912). Première partie, chap. v. — E Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*.

2 Comp , comme exemple de certaines exagérations dans l'expression théorique de la même tendance . *Chronique judiciaire* (anonyme) de *Revue pénitentiaire*, 1913, t. XXXVII, p 145-149.

Que s'il ne paraît pas possible de relever aussi sûrement, dans l'ensemble de la jurisprudence française de ces dernières années, les symptômes du même mouvement rénovateur, si la jurisprudence civile, du moins, contrastant en ce point avec la jurisprudence administrative [1], semble avoir fort peu modifié ses procédés antérieurs et n'avoir pas attesté une hardiesse jusqu'alors inconnue, cela s'explique, je crois, par ce fait qu'elle était, depuis longtemps, entrée dans le courant récemment ouvert à la doctrine, et que la nouvelle poussée méthodologique n'a guère fait que justifier, en en prenant pleine conscience et en vue de leur donner une consécration dogmatique, les principes essentiels, qui ont dirigé, de tout temps, notre interprétation judiciaire [2]; à tel point que celle-ci a pu simplement suivre et développer la marche déjà commencée, restant ainsi, sans changer elle-même, en parfait unisson avec les progrès réalisés par la doctrine [3].

Au surplus, ce mouvement d'idées, qu'il nous est donné de constater plus aisément en France, n'a pas été sans se répercuter à l'étranger; et nous en avons perçu mille

---

1. Comp. J. CHARMONT, *Les analogies de la jurisprudence administrative et de la jurisprudence civile*, dans *Revue trimestrielle de droit civil* 1906, t. V, p. 813-846; reproduit dans : *Le droit et l'esprit démocratique*, Montpellier, 1908, p. 186-242. — Voy. aussi les remarquables notes, données par M. HAURIOU au *Recueil général des lois et des arrêts* de SIREY, 3e partie, jurisprudence administrative, depuis 1892.

2. C'est par ce motif aussi que mon livre sur la Méthode n'a directement visé, pour en combattre l'étroitesse, que les procédés traditionnels de la doctrine, et que, tout au rebours, il s'est le plus souvent appuyé, pour étayer ses développements, sur l'exemple de résultats acquis en jurisprudence. V. notamment Fr. GENY, *Méthode d'interprétation :* p. 43, note 1; p. 82-86; p 126, note 1; p 138, note 1; p. 142; p. 145, note 4; p. 166, note 1; p. 226-227; p. 253, note 2; p. 257, note 4; p. 259, note 2; p. 260, note 3; p 263; p. 341, note 1; p. 371, note 6; p. 376, note 2; p. 522, note 1; p. 528, note 6; p. 531; p. 537; p. 541-542, p. 543-544; p. 565; p. 573-579; p. 587-588. Comp. p 153, note 1; p. 248; p. 285; p 311; p. 316; p. 361; p. 436-438.

3. Comp BALLOT-BEAUPRÉ, Discours dans *Le centenaire du Code civil*, Paris, 1904, p. 29-36.

échos venant, notamment, d'Autriche [1], d'Italie [2], d'Espagne [3], de Belgique [4], de Hollande [5], de Grèce [6], de Russie [7]. — S'il n'avait pas à être créé en Allemagne, où tout le passé juridique multipliait, variait, assouplissait les ressources de l'interprétation [8], il y a pris un aspect nouveau depuis l'entrée en vigueur du Code civil de l'Empire allemand. En présence de cette œuvre imposante et forte, venant s'implanter d'un coup dans un milieu essentiellement coutumier, on a senti qu'il y aurait danger sérieux à maintenir la fiction de la plénitude du droit organiquement constitué et qu'il importait, en vue d'y parer, de lutter, dès

---

1. Voy. notamment E. Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, 1903. — *Soziologie und Jurisprudenz*, 1906

2. Voy notamment Giuseppe Vadala-Papale, *Dei metodi d'interpretazione giuridica per il novello indirizzo degli studi di diritto privato*, Palerme, 1903 — Francesco Degni, *L'interpretazione della legge*, 1909. — Donato Donati, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, 1910. — Comp V. Scialoja, *Sulla teoria della interpretazione delle leggi*, 1898 — L. Coviello, *Dei moderni metodi d'interpretazione della legge*, 1908.

3 Voy par exemple. Pedro Dorado, *Fonction de la loi et de l'autorité dans l'évolution sociale*, dans *Revue du droit public et de la science politique*, 1899, 2°, t. XII, p. 1-51 et p. 219-251

4. Voy entre autres Paul Vander Eycken, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, 1907. — Vanden Bossche, *La notion de l'interprétation du droit civil positif dans les théories modernes* (discours universitaire), Bruxelles, 1907 — F. Mallieux, *L'exégèse des codes et la nature du raisonnement juridique*, 1908. - Comp L. Wodon, *Quelques observations sur l'élaboration du droit et de la jurisprudence*, dans *Revue de l'Université de Bruxelles*, 1905-1906, t XI, p. 718-724. — M Vauthier, *Le débat judiciaire*, dans *Revue de droit international et de législation comparée*, 1906, deuxième série, t. VIII, p. 247-273.

5. Voy. J.-P. Fockema-Andreae, *Tien Jaren Rechtspraak van den Hoogen Raad. Bijdrage tot de leer der wetsuitlegging*, Leiden, 1904, *Moderne Prætur?* Haarlem, 1907.

6 Voy. Η Κ. ΑΝΑΣΤΑΣΙΑΔΟΥ. — ΣΥΓΚΡΙΤΙΚΑΙ ΜΕΛΕΤΑΙ ΚΑΙ ΦΙΛΟΣΟΦΙΑ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ, Athènes, 1910.

7. Voy. L. v. Petrazycki, *Vvedenie v izoutchenie prava i nravstvennosti* (Introduction à l'étude du droit et de la morale. Saint-Pétersbourg, 3e éd., 1908) — *Teoria prava i gosoudarstva* (Théorie du droit et de l'État, Saint-Pétersbourg, 2e éd , 1910)

8 Voy Fr. Geny, *Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, *passim*.

l'origine, en faveur d'une sérieuse latitude assurée aux interprètes du droit nouveau. De là l'agitation du *freies Recht*, dont il suffit à notre but présent de constater l'intensité et l'étendue [1]. — Plus conscients encore du péril de la codification et mieux avisés peut-être pour s'en défendre, les auteurs du Code civil suisse de 1907 ont eu soin de préciser le rôle limité de la loi écrite qu'ils formulaient et d'en prévoir les compléments nécessaires, au moyen d'une disposition qui reconnaît ainsi législativement la nécessité d'une large interprétation du droit positif [2].

10. — Ce bouillonnement d'idées nouvelles, — même à ne le considérer qu'en France, — pourra, toutefois, paraître un peu tumultueux et presque désordonné. Et il faut bien convenir que tous ceux, qui ont contribué au mouvement, sont loin de s'accorder sur les conclusions

---

1. Une simple note ne saurait donner un aperçu suffisant de tout ce mouvement allemand du *freies Recht*, qui mériterait une étude spéciale. Qu'il me suffise de citer, parmi les travaux les plus symptomatiques : Gnæus Flavius (H.-U. Kantorowicz), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1re éd., 1906. — A. Bozi, *Die Weltanschauung der Jurisprudenz*, 1907. — E. Fuchs, *Die Gemeinschadlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*, 1909; — *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz*, 1908. — E. Stampe, *Unsere Rechts-und Begriffsbildung*, 1907. — J.-G. Gmelin, *Quousque. Beitrage zur soziologischen Rechtsfindung*, 1910. — E. Stampe, *Die Freirechtsbewegung. Gründe und Grenzen ihrer Berechtigung*, 1911. — H.-U. Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, 1911. — F. Vierhaus, *Ueber die Methode der Rechtsprechung*, 1911. — E. Jung, *Das Problem des natürlichen Rechts*, Leipzig, 1912. — Pour suivre l'ensemble du mouvement, on pourrait consulter surtout la *Deutsche Juristen-Zeitung* (1896 et sq.), la *Deutsche Richterzeitung* (1909 et sq.), l'*Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie* (1907 et sq.), le *Recht und Wirtschaft* (1912 et sq.). — Voy. notamment, pour une vue d'ensemble du mouvement : Neukampf, *Der gegenwartige Stand der Freirechtsbewegung*, dans *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1912, t. XVII, p. 44-50.

2. Voy. notamment : A. Martin, *Observations sur les deux premiers articles de l'avant-projet de Code civil suisse*, 1904. — *Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le Code civil suisse*, 1909. — M. Gmür, *Die Anwendung des Rechts nach art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 1908.

précises à en tirer. Il semble même que, dès le debut, les divergences se soient manifestées plus nombreuses et plus profondes entre eux qu'elles n'avaient jamais apparu entre les tenants de la méthode classique et traditionnelle. On ne saurait s'en étonner, si, seulement, l'on réfléchit que la critique récente remet en question les bases mêmes de la discipline, et que, réagissant contre un excès de simplification schématique, elle fait surgir, par là, des problèmes extrêmement complexes et susceptibles, en leurs ramifications infinies, des appréciations les plus diverses.

Il n'en subsiste pas moins, grâce à la convergence des efforts déjà réalisés, certains résultats dès maintenant obtenus, qu'il importe de relever, avant d'aborder l'examen des points restés douteux ou encore débattus, et en vue de préciser le terrain du débat, en lui donnant une ferme assise.

11. — Si, donc, nous cherchons, tout d'abord, à déterminer le strict minimum de ce qui doit, de par les travaux récents, être tenu pour acquis à l'investigation méthodologique du droit, — en prenant comme critérium l'accord essentiel des critiques joint au défaut de toute contradiction sérieuse, — nous pouvons, je crois, le condenser en ces termes : *rejet franc et définitif de l'illusion que la loi écrite contiendrait tout le droit positif en vigueur.*

Et, je sais bien ce qu'on va me dire : que pareille illusion n'a jamais eu cours, qu'elle n'a existé que dans l'imagination de certains critiques, qui l'ont supposée, pour, en paraissant la détruire, emporter un facile triomphe. — Mais, sans revenir ici sur les témoignages que j'ai fournis ailleurs à l'appui de mon dire [1], je maintiens, qu'inconsciemment mais très profondément, cette idée erronée,

1. Voy. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, Paris, 1899, n° 10, p. 21-22; nos 12-29, p. 23-52.

de la plénitude souveraine de la loi écrite, a hanté la plupart des interprètes français au cours du XIX^e^ siècle, et j'ajoute que l'expression, à la fois brutale et naïve, s'en rencontre, sous la forme la plus nette, dans la préface du *Cours élémentaire de droit civil* de M. F. LAURENT [1], comme à chaque page des œuvres juridiques de ce jurisconsulte, qui, par leur succès, ont marqué l'apogée et, par leur excès, ont manifesté le paroxysme du système de l'ancienne interprétation. — Au surplus, qu'importent ici l'invention, la priorité, ou le simple « bluff » ? Si, d'aventure, et contrairement à ce que je persiste à croire, l'idée, que nous proclamons tous aujourd'hui, n'a jamais été ni méconnue, ni obscurcie, elle n'en est donc que plus certaine; et cette constatation hypothétique servirait, de plus fort, à mon but. Car, — toutes questions d'amour-propre mises à part, — ce que purement et simplement je demande, c'est que l'on reconnaisse comme incontestable que la loi écrite ne saurait, à elle seule, suffire à toutes les exigences de l'organisation juridique positive.

Or, de cette vérité, nettement aperçue, se dégagent deux conséquences notables, qui, sous leur forme *minima*, apparaissent également, ce semble, établies par les résultats de la critique et soustraites à toute objection sérieuse. D'une part, on ne saurait repousser, *a priori*, tout mode d'expression du droit positif (source au sens large du mot), qui ne consistât pas en une formule légale. D'autre part, il est illégitime, et, en tout cas, absolument vain, de prétendre, par la vertu de la seule logique, féconder les principes, contenus en la loi écrite, de façon à adapter, coûte que coûte, celle-ci à la solution de tous les conflits juri-

1. F. LAURENT, *Cours élémentaire de droit civil*, t. I, 1878, Préface, p. 5-126 — Il est vrai que LAURENT paraît prôner, en même temps que « la loi » ce qu'il appelle « les principes ». Voy. p. 5-12 Mais il ressort de tous ses développements que, pour lui, « les principes » ne se peuvent dégager que du texte légal. Voy. notamment · p. 12-22 Et c'est, au surplus, ce qu'il déclare explicitement : p. 82, p 86.

diques [1]. — Conclusions, purement négatives, en apparence, comme l'idée même dont elles sont issues, mais qui, combinées avec celle-ci, impliquent cette assertion précieuse : Puisque la loi écrite, séparée de toute autre source, fût-elle vivifiée elle-même par la logique, ne peut suffire aux besoins de l'organisation juridique, et comme, en vertu d'un postulat inéluctable de la vie sociale, cette organisation doit trouver quelque part la plénitude que requiert son but ultime, il faut donc, en dehors et au-dessus de la loi, chercher un principe ou un ensemble de principes, qui permette d'en suppléer les lacunes.

Bref, par la seule force des négations auxquelles on s'accorde, se trouve invinciblement affirmée l'EXISTENCE D'UNE INCONNUE, restant à découvrir encore. Et cela même constitue un résultat précieux, qui suffit à justifier, voire, en quelque mesure, à diriger, de nouvelles investigations.

12. — Car, en même temps qu'elles nous indiquent ce qui est obtenu, ces conclusions nous laissent entrevoir l'immensité de tout ce qui reste à conquérir.

Que sera cette INCONNUE, assez puissante, assez féconde, pour satisfaire toutes les exigences de la vie juridique? Comment et de quel biais espérer la saisir? Sous quelle forme, par quels moyens, l'adapter aux contingences sociales, de façon à réaliser, au mieux, le but suprême du droit? C'est autour de ces questions que s'agitent les diver-

---

1. La science allemande a souvent posé le problème en ces termes : Y a-t-il des lacunes dans le droit positif? — En dépit de divergences, qui sont plutôt de forme que de fond, la réponse généralement admise, chez les modernes, sauf le dissentiment de K. BERGBOHM (*Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, t. I *Einleitung. Erste Abhandlung Das Naturrecht der Gegenwart*, 1892, § 14, a, p 371-393), est dans le sens de l'affirmative Voy. notamment . ZITELMANN, *Lücken im Recht*, 1903, surtout, p. 27-35 ; et, comme résumant tout le mouvement : L. BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, 1907, p 73-84. — *Adde :* R STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911, VII A, § 16, p 641-647.

gences encore subsistantes et que se concentre le débat à poursuivre. — Assurément, on est loin de constater ici une entente convaincante. Et la distance est grande, de la prudence avisée de ceux qui pensent suffire à tout, en assouplissant l'interprétation de la loi au moyen d'une analyse plus minutieuse et plus exacte des réalités qu'elle doit régir [1], aux extrêmes hardiesses, visant à soumettre tout le droit positif à une jurisprudence progressive, éclairée du mouvement social contemporain [2], ou prétendant faire dominer pratiquement la loi elle-même par un principe supérieur, qu'elle ne pût légitimement enfreindre [3], et en passant par l'intermédiaire d'un système plus complexe, lequel, d'une part, cherche à multiplier les sources formelles et à faire à chacune sa place suivant sa nature, d'autre part, reconnaît, en dehors de leur domaine nettement limité, la nécessité d'une interprétation libre, assujettie seulement aux faits qu'elle doit régir et aux exigences de toute investigation scientifique [4]. — Mais toutes ces

1. Voy. notamment : R. Saleilles, d'après E. Gaudemet, *Raymond Saleilles*, 1912, p. 83-92, et F. Geny, *La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, d'après Raymond Saleilles*, dans *l'Œuvre juridique de Raymond Saleilles* (Paris, 1914), n° 5 et n° 13. — J. Percerou, dans *Annales de droit commercial*, 1900, t XIV, p. 149, p. 154, p. 159. — Ballot-Beaupré, Discours prononcé le 29 octobre 1904, à la Sorbonne, dans *Le centenaire du Code civil*, Paris, 1904, p. 27-28. *Adde* p 32-33, p 35 — F Degni, *L'interpretazione della legge*, 1909, notamment, nos 69-77, p. 160-180, et nos 97-164, p. 217-348.

2 Voy. par ex. Ed. Lambert, *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1900-2°, t. XL, p 216-243, — *La fonction du droit civil comparé*, Paris, 1903, notamment, p. 809-824, p. 875-927. — Comp les observations (anonymes), empreintes d'un individualisme exaspéré, qu'a publiées, sous la rubrique : *Chronique judiciaire, la Revue pénitentiaire* (Bulletin de la Société générale des prisons) de janvier-février 1913, t XXXVII, p. 145-149

3. Voy. L Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1910, notamment p 9-20, p. 81-105, p 137, p. 255-319, p. 349-359, p. 423-424, p. 615-616 ; — *Traité de droit constitutionnel*, 1911, t. I, n° 2, p. 7-9 ; nos 5-7, p. 13-22 ; n° 16, p 50 55 ; p 149-154 (nos 37-38) ; t. II, 1911. n° 93, p. 2-5 ; n° 117, p. 164-174

4. Cpr. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, Paris, 1899. Troisième partie et Conclusion, nos 83-187, p. 177-592.

oppositions démontrent précisément combien, sous l'apparence de la précision qu'on en a tentée, le problème reste profond et mérite d'être poussé jusqu'à ses racines vitales.

Au vrai, les recherches précédentes n'ont même pas su le dégager des alluvions qui l'avaient masqué sous la couche superposée et durcie des éléments secondaires. C'est ainsi que le rôle et la valeur des sources formelles — en tête desquelles la loi écrite — ont continué de tenir la première place dans les préoccupations des juristes qui s'occupaient de méthode. Il est clair, pourtant, que, n'étant que des modes *contingents* d'expression d'une réalité *permanente*, les « sources » doivent rester subordonnées à cette réalité même. Et, comme un examen attentif du système cosmologique a dû ramener notre globe terrestre de son rang usurpé d'astre central à celui, plus modeste mais plus vrai, de planète solaire, ainsi une investigation mieux avisée des bases du droit placera la jurisprudence, la coutume, la loi elle-même, dans la dépendance de l'entité fondamentale, dont elles ne sont que des rayonnements partiels.

C'est donc l'essence et la vie même du droit positif, qu'il s'agirait maintenant, avant tout, de pénétrer, en le replaçant au milieu du monde social dont il est un élément intégrant, et l'étudiant en fonction des puissances intellectuelles et morales de l'humanité, qui, seules, le peuvent mettre en valeur.

Une telle tâche est assez lourde, pour qu'on m'excuse de la traiter suivant une marche aussi simple, aussi serrée, aussi progressive que possible.

CHAPITRE SECOND

LA NOTION DU DROIT POSITIF D'APRÈS LES FAITS

Sa place dans la vie de l'humanité. — Ses caractères essentiels. — Sa constitution.

Sommaire : I. — **13.** Importance capitale de cette notion, trop souvent négligée ou oubliée. — **14.** L'homme dans le milieu social. Lois naturelles. Règles de conduite. — **15.** Religion. Morale. Mœurs. — **16.** Droit. Ses éléments essentiels à l'égard des autres règles de conduite.

II. — **17.** Droit idéal et droit positif. Importance prépondérante de celui-ci. — **18.** Milieu de formation normal du droit positif. L'État. — **19.** Autres milieux possibles de formation du droit positif. L'Église. — **20.** Retour au droit positif de l'État. Distinction du droit public et du droit privé.

I

13. — La notion du droit — et spécialement du droit positif — semblerait devoir être absolument familière à l'esprit des jurisconsultes. Le droit n'est-il pas l'unique but de leurs efforts et pourraient-ils raisonnablement en poursuivre la réalisation, s'ils n'en saisissaient, d'abord, s'ils n'en possédaient, constamment, l'essence [1] ?

Il est loin, pourtant, d'en être ainsi [2]. Et, sinon l'igno-

---

1. Cpr. V. Cathrein, *Recht, Naturrecht und positives Recht*, 2e éd., Freiburg-i.-B., 1909, p. 2.

2 Voy., à cet égard : V. Cathrein, *op. cit.*, p. 2-3; cpr. p. 3-9, avec les références.

rance, à tout le moins, l'oubli, de ce point fondamental, explique, à lui seul, bien des défaillances de méthode.

Aussi, quoique je me trouve ainsi condamné à redire des rudiments sans grande nouveauté et sans portée immédiatement apparente, il me faut commencer par rappeler les traits principaux, qui caractérisent et spécifient le droit positif, pour lui faire sa place propre et distincte entre toutes les manifestations de la vie sociale.

Il ne s'agit, d'ailleurs, dans ce chapitre, que de constater ce que représente, réellement et en fait, la notion du droit positif, à l'heure actuelle[1], sans introduire encore aucune des considérations rationnelles, qui puissent éclairer son fondement ou contribuer à son développement (voy. à cet égard, les chapitres qui suivront).

Qui dit droit dit règlement imposé, sous une sanction sociale coercitive, à la conduite des hommes vivant en société. — Mais cette première notion demande, même au point de vue des faits qui la fassent ressortir, quelques explications.

14. — L'homme, considéré tel qu'il se présente à nous, vivant parmi la nature et à l'état social, se trouve impliqué en un ensemble de « rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses »[2], les uns d'ordre physique, les autres d'ordre psychologique, moral ou proprement social, d'autres encore d'ordre métaphysique ou transcendant, qui, tous, dominent les volontés particulières et s'imposent comme donnés. Ce sont, au sens large du mot,

---

1. Au fond, la méthode de l'interpretation juridique a varié, parce que la notion du droit positif changeait elle-même Cpr P. Vander Eycken, *Méthode positive de l interpretation juridique*, Bruxelles et Paris, 1907, n° 5, p 19. — Elle a varié aussi, et doit varier, avec la nature des sources. C'est ainsi que le système législatif actuel demande une méthode qui lui soit spécifiquement adaptée.

2. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre I, chap premier, *initio*.

les *lois naturelles* (physiques, psychologiques, morales, sociales, ou transcendantes à toute expérience), dont l'homme peut acquérir une connaissance plus ou moins complète, notamment en vue de s'en garer ou d'en tirer profit, mais qu'il est impuissant à altérer dans leur essence primordiale et spécifique, auxquelles il ne saurait davantage résister avec succès, qui, par suite, ne peuvent passer pour des règles de la volonté proprement dites.

Au milieu de ces lois naturelles (*hoc sensu*), l'homme agit, avec les éléments, que lui fournit la sensation éclairée, interprétée, accrue par toutes les facultés de sa nature, et sous l'influence de désirs et de croyances [1], qui s'élèvent confusément en lui, dans le sens d'une destinée, en grande partie mystérieuse, mais dont le caractère général se traduit assez nettement par un instinct incoercible vers le bonheur. En vue de satisfaire, au mieux, cet instinct, l'homme, incliné à suivre ses appétits, emploie toutes les puissances, qu'il sent en lui-même, pour assurer, dans le monde qui l'environne et qu'il cherche à s'approprier, le développement et comme l'épanouissement de tout son être. Et, jusqu'alors, nous ne verrions d'autre frein à son activité que celui qui provient de la résistance des puissances de fait, supérieures aux siennes propres.

Mais l'homme, placé en face du monde, qui le domine, comme le tout domine la partie, rencontrant, d'autre part, les appétits concurrents et les activités rivales de ses semblables, peut-il agir dans le sens de ses instincts, suivant son libre caprice, qui lui ouvrît un champ illimité? — La nécessité [2] et l'expérience s'accordent pour répondre négativement à cette question. Par la force des choses, en raison même de l'opposition et de l'incohérence des

1. Cons. ici : G. Tarde *La croyance et le désir*; articles recueillis, sous ce titre, dans *Essais et mélanges sociologiques*, Paris, 1895, p. 235-308. — *Adde*, du même auteur : *La logique sociale*, Paris, 1895, *passim*.

2. Comp., sur la nécessité comme fondement du droit : A. Pillet,

agitations individuelles, la conduite humaine a dû être assujettie à certaines règles, qui — à la différence de ces lois naturelles, contraignantes en elles-mêmes, que je rappelais tout à l'heure — se proposent au libre arbitre, sous le contrôle de la raison, peuvent donc être enfreintes par les volontés rebelles, et doivent trouver une sanction adéquate à leur but dans les forces intimes et profondes, que recèle la nature, morale ou sociale, de l'humanité [1].

15. — Ces règles de conduite — parmi lesquelles nous allons rencontrer le droit — sont d'ordres divers, suivant leur objet propre et la nature de leur sanction [2].

Les unes, issues de la religion, qui, élevant l'homme au delà de sa condition terrestre, le rattache à un idéal supérieur, tendent à diriger l'homme vers cet idéal, en lui imposant des devoirs envers Dieu, envers lui-même, envers les autres hommes, sans autre sanction que des menaces ou des espérances, qui, du moins dans l'état présent des religions, restent généralement placées hors

---

Le droit de guerre, t. I, 1892 Introduction p. 2-17, notamment p. 9, p. 10, p. 11, p. 15, p. 16, p. 17. — Observons, toutefois, que la nécessité ne saurait, à elle seule, constituer une justification rationnelle ni une précision quantitative.

1. Comp. A Prins, *L'évolution et la conception matérialiste de l'Univers*, dans *Revue de l'Université de Bruxelles*, 1907-1908, t. XIII, p. 29-67. — Et, sur la distinction des lois causales et des lois normatives ou de but, avec l'idée que le sens primitif du mot « loi » serait celui de loi juridique, voy G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, Freiburg-i-B., 1887, p. 226-228; cpr. p. 37.

2 Nous ne pouvons les envisager ici que dans l'état actuel de la conscience collective de l'humanité civilisée (Cpr. A Pillet, dans *Revue générale de droit international public*, 1894, t I, p 24-27). — Primitivement, il semble qu'il y ait eu confusion et mélange entre ces diverses sortes de règles. Ç'aurait été un des plus importants progrès de la « civilisation générale », de les isoler les unes des autres, pour cantonner chacune dans sa sphère propre, de façon à leur faire réaliser, au mieux, leurs buts respectifs. Voy W. Wundt, *Logik* (II, 2), vol. III, 1895, p. 533-534; *Ethik*, t. I, 1903, p. 127-130, p. 225-228.

de cette vie, et ne sollicitent ici-bas que la conscience, le plus souvent éclairée par des dogmes [1].

D'autres, qui composent la morale pratique, ont pour origine des aspirations analogues à celles de la religion, mais restent en soi indépendantes de dogmes précis [2] : elles prétendent régir tout ce qui touche la conduite dans ses rapports avec le bien suprême, faisant appel au sentiment, à la bonne volonté, bien plus qu'à une contrainte positive, et ne pouvant guère trouver celle-ci, en dehors de l'opinion d'autrui, avec ses conséquences possibles, que dans la paix ou les inquiétudes de la conscience individuelle [3].

D'autres encore, sous le nom un peu vague de mœurs, désignent un ensemble d'habitudes, de manières d'être, d'attitudes ou d'usages, qui, s'étant accrédités peu à peu sous l'influence consolidante d'une opinion commune,

---

1. Cons. Abbé F. KLEIN, *Le fait religieux et la manière de l'observer*, Paris, 1903. — Et, sur les rapports entre la religion et le droit, voy. entre autres : K. GAREIS, *Enzyklopadie und Méthodologie der Rechtswissenschaft*, § 6, III, 3e éd., 1905, p. 25-28, et *Vom Begriff Gerechtigkeit*, Giessen, 1907, § 7, p 25-28.

2. Sur la question de savoir si la morale peut et doit être totalement indépendante de la religion, voy. E. BOUTROUX, *Morale et religion*, dans *Revue des deux mondes*, n° du 1er septembre 1910, Cinquième période, t. LIX, p. 5-37. — *Adde* : du même auteur, *Le problème religieux*, dans *Revue bleue*, n° du 16 janvier 1909, p. 65-69.

3. Sur les rapports entre la morale et le droit, voy. notamment : F. REGELSBERGER, *Pandekten*, t. I, 1893, § 10, I, p. 61-62. — O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, t. I, 1895, § 15, II, 4, p 114-115. — J. KOHLER, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t I. 1904-1906, § 5, p. 13-15. — P. DORADO, *Fonction de la loi et de l'autorité sociale*, dans *Revue du droit public et de la science politique*, 1899-2°, t. XVII, p 220-225. — STAFFEL, *Ueber Stammlers « Lehre vom richtigen Recht », dans Jherings Jahrbücher*, 1906, t. L, N. F., t. XIV, p. 319, p. 321, p 322. — K. GAREIS, *Enzyklopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft*, § 6, I-II. 3e éd., 1905, p. 23-25, et *Vom Begriff Gerechtigkeit*, 1907, § 9, p. 34-37. — Et. en faveur de l'idée, que le droit naturel fait partie de l'éthique. V. CATHREIN, *Moralphilosophie*, 4e édit., Freiburg-i-B., 1904, t. I, Première partie, livre VIII, chap. IV, p 514-522; *Recht, Naturrecht und positives Recht*, 2e éd, Freiburg-i-B., 1909, Dritter Abschnitt, Cap. V, p. 303-324.

aboutissent à régler la vie physique, morale ou sociale, dans un certain sens, suivant une idée générale de convenance. Tels, les usages de politesse ou de bienséance, les habitudes d'hygiène ou de décence vulgaires, la mode, les préjugés sociaux (par ex. le duel), et mille autres directions de la conduite individuelle ou sociale, infiniment variées, souples et floues, dont les sanctions, également très diffuses, ne s'aperçoivent — à part une sorte de sécurité ou d'insécurité intimes — que dans l'opinion du monde, se traduisant, soit en une approbation, qui conduit à l'estime publique, soit en une désapprobation dont le point extrême serait la disqualification caractérisée [1].

16. — De toutes les normes précédentes, celles qui constituent le droit [2], se distinguent nettement, en ce que les préceptes, qui les contiennent, sont susceptibles d'une sanction extérieure, au besoin [3] coercitive, émanant de l'autorité sociale, et obtiennent ou tendent à recevoir cette sanction [4]. Sans doute, pour qu'une règle de con-

---

1. Sur les mœurs, au regard du droit, voy., par exemple : R. von Jhering, *Der Zweck im Recht*, t. II³, 1898, *passim*, notamment p. 241-281. — F Regelsberger, *Pandekten*, t. I, 1893, § 10, II, p. 62-63. — O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. I, 1895, § 15, II, 2, p. 113-114. — J. Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. I, 1904-1906, § 2, I, p. 8, et § 3 *in fine*, p. 13. — K. Gareis, *Enzyklopadie und Methodologie der Rechtswissenschaft*, § 6, IV, 3e éd., 1905, p. 28-29.

2. Il ne s'agit évidemment ici que du droit, envisagé au sens objectif, non des facultés particulières qui en découlent (droits au sens subjectif).

3. Le droit cherche, d'abord, à diriger, amiablement, la conduite des hommes. Ce n'est que si on lui refuse obéissance, qu'il fait intervenir la contrainte. Cpr. F. Regelsberger, *Pandekten*, t. I, 1893, § 9, I *in fine*, p. 59. — O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. I, 1895, § 15, II, 4, al. 1, p. 115.

4. L'idée, que le droit impliquerait sanction coercitive, a rencontré, en ces derniers temps, de sérieux contradicteurs. Voy. notamment : V. Cathrein, *Recht, Naturrecht und positives Recht*, 2e éd , Freiburg-i.-B., 1909, p. 94-108. — B.-E. Grueber, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2e éd., Berlin, 1908, § 1, II, 2, p. 21. — Cette contradiction

duite appartienne à l'ordre juridique, il n'est pas absolument indispensable qu'elle comporte actuellement la contrainte effective du pouvoir social; mais, du moins, faut-il que sa nature n'y résiste pas; bien plus, nous ne la tiendrons pour règle de droit, qu'à partir du moment, où elle tendra à être pourvue de pareille coercition, soit autoritaire, soit librement consentie [1]. C'est ce qu'il est facile d'observer pour les branches du droit, encore à l'état embryonnaire et en voie de formation, ainsi pour le droit international public [2]. Cette *tendance à la contrainte sociale* sépare visiblement le droit des mœurs, qui restent seulement sous le coup d'une appréciation intime ou dépendant de l'opinion publique; elle l'oppose beaucoup plus décidément encore à la morale [3], ou à la religion, dont les préceptes ne puisent leur force entraînante que dans les aspirations idéales ou la conscience de l'individu.

Mais cette différence, touchant leur sanction, ne semblerait pas pouvoir suffire à spécifier les règles du droit

---

nous paraît devoir échouer contre le fait, que l'analyse de la notion commune de droit fait apparaître celui-ci comme quelque chose d'*exigible* même par la force. Voy. P. Malapert, *Leçons de philosophie*, t. II, Paris, 1908, p. 184-185. — Ch. Lahr, *Cours de philosophie*, t. II, Paris, 1911, p. 159-160. Dans l'état social, la faculté de contrainte physique, impliquée par ce caractère, est retirée à l'individu pour être confiée à la société. — Récemment, on a essayé, pourtant, d'appliquer l'idée du *droit non coercible* à la conciliation et à l'arbitrage dans les exploitations de chemins de fer concédés par l'État. Voy. L. Marlio, dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1911, t. X, p. 589-591, et 1912, t. XI, p. 42-43. Il semble, qu'à l'épreuve de la discussion, ce projet n'ait pu tenir debout.

1 Comp. F. Regelsberger, *Pandekten*, t. I, § 10, III, p. 63. — O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. I, § 15, II, 2, p. 114, et *Naturrecht und deutsches Recht*, 1883, p. 4. — Fr Geny, *Méthode d'interprétation*, p. 482, note 1 — G. Jellinek, *Das Recht des modernen Staates*, I Band, *Allgemeine Rechtslehre*, 2e éd., 1905, p. 326-329.

2 Voy. notamment : A. Pillet, *Le droit de la guerre*, t. I, 1892, Introduction, p. 3-17, notamment p. 13.

3. Voy. une opposition, assez différente, entre la morale et le droit, mise en relief par L. v. Petrazycki, *Ueber die Motive des Handelns*

au regard de celles des mœurs, de la religion ou de la morale. Car il reste à savoir comment on distinguera, entre les règles de conduite s'imposant à l'homme, celles qui méritent cette sanction, de tendance coercitive, seule capable de les rattacher ostensiblement à l'ordre juridique. Il semble que, dans ce but, un autre critérium soit nécessaire, qui se rapporte, non plus à la mise à effet des règles, simple conséquence de leur nature, mais plutôt à leur contenu, d'où ressort, en quelque sorte causalement, cette nature même. Il est vrai que la considération de ce point de vue pourrait paraître nous écarter de la pure observation de fait, par où nous avions délibérément limité l'objet propre de ce chapitre (voy ci-dessus, n° 13, p. 42-43). Il n'en sera rien, pourtant, si, dans la notion du contenu même du droit, nous découvrons un élément spécifique, tombant sous la constatation de l'experience.

Pareil élément se dégage, à mon sens, du but même de toute organisation juridique, qui n'est autre que *le juste*. Les règles du droit visent nécessairement, et, je le crois, exclusivement, à réaliser la justice, que nous concevons, tout au moins sous la forme d'une idée, l'idée du juste [1]. On ne saurait, en effet, pour spécifier le droit d'après son contenu, se contenter d'observer qu'il n'impose ses règles aux hommes que dans leurs rapports respectifs, qu'il ne prescrit rien à l'homme envers soi-même ou à l'égard de la divinité. Il n'y a là qu'une différence, quantitative plutôt que qualitative, d'ailleurs contingente et variable avec la civilisation, au regard de la morale et de la religion, qui, si elles élargissent le

---

und über das Wesen der Moral und des Rechts, Berlin, 1907 — Comp. encore L. Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, 1907, qui distingue droit, mœurs et morale de la moralité (die Sittlichkeit) p 8-10, *adde* p. 21, p. 24-26, p 172-179.

1. Sur la notion de justice, en droit positif, voy K Gareis, *Vom Begriff Gerechtigkeit*, Giessen, 1907 (aus der *Festschrift der juristischen Fakultat der Universitat Giessen*).

cercle des devoirs, n'en comprennent pas moins beaucoup de ceux rentrant également dans la sphère du droit. Et, telle quelle, cette spécification prétendue ne séparerait même pas le domaine du droit de celui des mœurs. Semblablement, on reste loin d'atteindre le fond des choses, si l'on s'en tient à la définition célèbre de JELLINEK, suivant laquelle le droit est « le minimum éthique » (*das ethische Minimum*), quand même on ajouterait, avec ce jurisconsulte, qu'il tend à maintenir un état social donné et qu'il consiste dans la réalisation, par la volonté humaine, des conditions d'existence de la société [1]. Au fond, le droit ne trouve son contenu, propre et spécifique, que dans la notion du juste, notion primaire, irréductible et indéfinissable, impliquant essentiellement, ce semble, non pas seulement les préceptes élémentaires de ne faire tort à personne (*neminem lædere*) et d'attribuer à chacun le sien (*suum cuique tribuere*), mais la pensée plus profonde d'un équilibre à établir entre des intérêts en conflit, en vue d'assurer l'ordre essentiel au maintien et au progrès de la société humaine — Or, cette notion se distingue aisément, tant des notions du beau et du vrai, qui répondent à de tout autres concepts, que, même encore, de celles du divin et du bien, qui suggèrent les règles, soit de la religion, soit de la morale. Elle est peut-être plus difficilement séparable de l'idée d'utilité, qui, inspirant largement les règles des mœurs, semblerait pouvoir intervenir aussi, pour mettre en œuvre l'idée de justice, en dirigeant l'estimation réciproque des intérêts, que le droit a pour mission de concilier. A parler net, cependant, quand nous envisageons le droit, nous absorbons l'utilité dans la justice, en vue de rattacher à un idéal supérieur le principe de solution des conflits d'intérêts;

1. G. JELLINEK, *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 2e éd., Berlin, 1908, Zweites Kapitel, Das Recht, p. 45-59 — Rappr. R. v. JHERING, *Der Zweck im Recht*, t. I[1], 1893, *passim*, notamment Kap. VIII, n°.12, p. 435-512.

et il paraît préférable, si l'on veut maintenir cet idéal dans sa pure intégrité, de laisser à l'idée du juste le privilège d'en remplir exclusivement le contenu [1].

Si j'ajoute encore, qu'une fois reconnus comme tels, les préceptes juridiques défient la discussion ou l'appréciation personnelles et se traduisent en injonctions catégoriques [2], j'aurai, je pense, achevé de spécifier et de caractériser la notion du droit, telle qu'elle se dégage des idées courantes traduisant la réalité objective des faits.

Et, pour résumer, en une formule d'école, les résultats de l'analyse, qui précède, je dirai que le droit se présente à nous comme *l'ensemble des règles, auxquelles est soumise la conduite extérieure de l'homme dans ses rapports avec ses semblables, et qui, sous l'inspiration de l'idée naturelle de justice, en un état donné de la conscience collective de l'humanité, apparaissent susceptibles d'une sanction sociale, au besoin coercitive, sont ou tendent à être pourvues de pareille sanction et d'ores et déjà se posent sous la forme d'injonctions catégoriques dominant les volontés particulières pour assurer l'ordre dans la société* [3].

Ainsi caractérisé, on peut dire que le droit représente

---

1. Cpr. O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. I, 1895, § 15, II, 8, p. 120-121. — La faculté d'adaptation au but (*die Zweckmässigkeit*), qu'on a quelquefois aussi fait entrer dans l'idée du droit (voy. par exemple : W. Wundt, *Logik*, 2e éd., vol. III, 1895, p. 559), nous paraît se rapporter au côté technique du droit (voy. ci-après, n° 34 et troisième partie) et n'a pas à figurer dans la notion primitive de celui-ci d'après les faits.

2. Sur la *Selbstherrlichkeit* du droit, voy. notamment : R. Stammler, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 2e éd., Leipzig, 1906, §§ 23-24, p. 121-130. — *Wesen des Rechts und der Rechtswissenschaft*, dans *Systematische Rechtswissenschaft (Die Kultur der Gegenwart* de P. Hinneberg, Theil I, Abtheilung VIII, p. LVIII-LIX. — *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911, Erster Abschnitt, §§ 13-14, p. 95-105. — Cpr. L. Brutt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, 1907, p. 8.

3. Sur toute l'essence (*das Wesen*) du droit, voy. O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. I, 1895, § 15, p. 112-123. — Et, comp. R. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911, Erster Abschnitt, *Der Begriff des Rechtes*, p. 39-113.

une fonction spécifique de la vie commune de l'humanité [1], en étroit rapport avec toutes les autres fonctions de cette vie, auxquelles il doit se joindre, et, au besoin, s'adapter, pour contribuer, avec elles, à permettre de réaliser la fin suprême de la Société. Pour demeurer toujours sur le pur terrain des faits, il nous suffit, à cet égard, d'observer avec O. GIERKE, que : « la vie du droit, en dépit de son indépendance, se trouve, par l'effet d'actions et de réactions constantes, mêlée, comme en un tissu compact, avec toutes les autres manifestations partielles de la vie commune : soit, d'un peu loin encore, avec la vie du langage, de la science et de l'art, soit, bien plus étroitement déjà, avec celles de la croyance, de la morale et des mœurs, d'une part, avec la vie sociale eté conomique, d'autre part, soit, enfin, de la façon la plus intime, avec la vie même de l'État » [2].

II

17. — Cette dernière considération nous amène à passer de la notion du droit, en général, à celle du droit positif.

En effet, le droit, dont nous n'avons jusqu'alors présenté que la notion abstraite, revêt, dès qu'on cherche à en spécifier l'application, deux aspects principaux et nettement distincts :

Sous une première face, le droit s'offre à notre esprit dépouillé de toute réalité effective; nous le concevons par la pensée, et, des éléments empruntés à l'expérience

---

1. Dans nos conceptions actuelles, aucun droit n'est reconnu au profit des animaux, encore moins, au profit des plantes ou des objets inanimés.

2. O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, t. I, 1895, p. 122 — On a justement reproché à WINDSCHEID d'avoir exagéré la spécificité du droit, jusqu'à le séparer entièrement des autres éléments de la vie sociale Voy. P. ŒRTMANN, *Windscheid als Jurist*, dans *Bernhard Windscheid Gesammelte Reden und Abhandlungen*, Leipzig, 1904, p XXXIV-XXXV.

même de la vie juridique, nous ne tirons que des représentations de l'esprit, des idées. C'est ce qu'on peut appeler le droit idéal. Comme tout ce qui réside en l'esprit, ce droit idéal est susceptible du contenu le plus varié. Nous pouvons concevoir, sous cette forme, un droit absolument universel, ou bien, un droit particulier, à telle race, à telle époque, à tel pays, à telle catégorie de choses ou à telle classe de personnes. Mais, il s'agit, toujours, d'une représentation subjective, dont le contenu sera, au plus haut point, influencé, je dirai même déterminé, par nos conceptions morales (idées de la dignité humaine, du devoir individuel ou social, etc.), par nos sentiments intimes (sentiments d'humanité, d'équité, etc.), par notre pénétration rationnelle, plus ou moins profonde, du sens de la vie, du but de la société, de ses exigences et des besoins de l'individu. Bref, toute notre mentalité, disons mieux, notre personnalité tout entière contribue, sinon à créer, du moins à informer ou à affiner ce droit idéal. Et, nous sommes naturellement portés à le prendre comme type de comparaison, pour apprécier la valeur du droit réellement existant [1], alors même que nous n'admettrions pas à sa base des principes objectifs, fondés sur la nature de l'homme et dominant toute création juridique quelconque [2]. Finalement, le droit idéal, dont la

---

1. Cpr. O GIERKE (*Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, § VII, *in fine*), dans *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich*, de SCHMOLLER, 1883, fasc. 4, p. 94 — Ajoutons que le droit positif s'alimente et se développe par le droit idéal.

2. Ainsi, j'entends réserver ici, la *question* du droit naturel, qui ne saurait, suivant moi, se confondre avec la *constatation* du droit idéal. Cette dernière avait, seule, sa place ici, comme reposant sur les faits, tandis que la thèse du droit naturel présente un problème rationnel, dont l'examen viendra plus tard (voy. ci-après nos **70-71**, dans notre seconde partie). Je me borne à signaler seulement, pour l'instant, que le droit naturel, si l'on en admet l'existence objective, se rencontrera à la base du droit idéal comme du droit positif.

notion ainsi entendue résiste, ce semble, à toute contestation, représenterait, en matière juridique, une conception, essentiellement subjective, de l'esprit.

Tout autre est le droit positif, qui exprime l'ordre juridique se réalisant effectivement au sein de la vie sociale. D'une part, le droit positif se précise et s'objective dans le temps : il n'a d'homogénéité parfaite et de fixité saisissable qu'à un moment de la durée, pris comme un palier d'arrêt dans l'évolution générale du monde. D'autre part, le droit positif se précise et s'objective dans l'espace, en se localisant pour ne régir qu'une fraction déterminée de l'humanité. Assurément, on pourrait concevoir un droit régnant universellement, toujours et partout identique à lui-même. Mais la réalité des choses, qui seule constitue le critérium de la positivité du droit, n'a jamais présenté celui-ci que varié suivant les époques et les lieux. Au fond, même, le droit, vraiment vécu, reste encore infiniment plus divers qu'il n'apparaît dans nos cadres schématiques, toujours quelque peu truqués et artificiels. En tout cas, nous ne pouvons saisir le droit positif avec sa pleine objectivité, que sous cette forme spécialisée et fragmentaire, qui l'isole de l'ordre juridique, envisagé d'ensemble, comme un morceau détaché. Aussi, la notion de droit positif, en général, ne saurait-elle être complète par elle-même ; elle ne prend vraiment corps, que si l'on vise le droit positif de l'ancienne Égypte, de l'ancienne Grèce, de l'ancienne Rome, de la France du Moyen âge, de l'Allemagne actuelle, etc. Et, plus la précision de son domaine serrera de près le temps et le lieu, mieux la positivité du droit se trouvera nettement marquée [1].

Or, il est clair que la considération du droit positif, — voire même de tel droit positif particulier, qui ne saurait

1. Comp., pour la distinction, ici présentée, du droit positif et du droit idéal : L. Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, 1907, p. 28-32.

être pour nous que le droit français contemporain (voir ci-dessus, n° 6, p. 18-19) — peut seule être fructueuse, en vue de scruter à fond l'essence et la méthode du droit, puisque le droit positif est le seul, dont nous puissions constater, presque matériellement, ou, du moins, objectivement, les manifestations réelles, le seul aussi qu'il y ait un intérêt sérieux à fonder et à développer.

18. — Aussi bien, ne saurait-il nous suffire d'avoir exprimé la notion superficielle du droit positif: il paraît essentiel, pour en marquer le caractère fondamental, de découvrir ce qui, à proprement parler, le constitue, ou de préciser ce qu'on peut appeler son milieu de formation nécessaire et spécifique.

S'il s'agissait ici de suivre, dans tout son ensemble, le *processus* historique, complexe et tourmenté, d'où est issu le droit positif des diverses fractions de l'humanité, nous reconnaîtrions sans doute que son élaboration s'est opérée, de façon assez mystérieuse, par le jeu combiné de forces sociales obscures, qui échappent, en partie, à l'analyse, et ne peuvent être décrites, ou, plutôt même, esquissées, qu'avec beaucoup de timidité et par approximation [1].

Mais, prenant simplement le droit positif à l'état statique, tel qu'il est dans les lignes fondamentales que lui assigne la civilisation moderne [2], je crois pouvoir fixer le trait capital de sa constitution en ces termes : *Le droit positif ne s'établit que grâce à une société fortement organisée et renfermant, en elle-même, un pouvoir capable de préciser*

---

1. Voy., à ce sujet, quelques indications, tirées principalement des recherches de J. Kohler, sur l'histoire comparée du droit, dans : Ed. Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, Paris, 1903, p. 214-218.

2. Sur l'importance et les difficultés du problème du discernement du droit positif, voy. M. Hauriou et A. Mestre (compte rendu de L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*) dans *Revue du droit public et de la science politique*, 1902-1°, t. XVII, p. 350-353.

et d'imposer, par des moyens adéquats, les règles qui en forment le contenu nécessaire. Pareille société a son type achevé dans l'État moderne, encore qu'il soit possible d'en rencontrer d'autres exemplaires.

Quelques développements suffiront à mettre cette formule dans tout son jour.

Déjà, la définition générale du droit, tentée plus haut, (n° **16**, p. 47-52), a montré qu'il ne se conçoit, tel que nous l'entendons, et qu'il ne se peut rencontrer, que dans les rapports des hommes vivant ensemble et groupés en société. Mais, tant que cette société resterait inorganisée et inconsistante, simple juxtaposition d'individus n'arrivant pas à former un ensemble cohérent, le droit n'y pourrait avoir qu'une positivité imparfaite; faute d'un cadre ferme pour le contenir et l'enserrer, il manquerait de précision catégorique et de sanction sûre. Pour que la positivité du droit s'affirme et se consolide, il faut que la société, qu'il doit régir, soit politiquement organisée, qu'il s'établisse en elle une force, sérieuse et consciente, qui puisse, au besoin, édicter les règles de droit et, en tout cas, en assurer la réalisation efficace; bref, il faut la formation d'un véritable pouvoir social[1].

Ce pouvoir social se rencontre pleinement organisé dans l'État, tel que l'a configuré l'évolution historique de l'humanité, tel, notamment, que le conçoivent et connaissent les modernes[2]. — A l'origine, les hommes se sont trouvés groupés, d'une façon presque purement naturelle, par races. Sous l'influence de circonstances religieuses, morales, économiques ou simplement physiques (par ex. : climatériques, orographiques, etc.), parfois à la suite d'évé-

1. Sur le rôle de l'État dans la formation du droit positif, voy. G. Jellinek, *Das Recht der modernen Staats*, I Band, *Allgemeine Staatslehre*, livre II, chap. xi, § 2, n° 2, 2e éd., Berlin, 1905, p. 354-357.

2. Sur la formation naturelle de l'État, voy. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1911, t. I, n° 13, p. 37-41.

nements militaires ou de bouleversements sociaux, les races se sont transformées en nations, soit en collectivités ayant le sentiment de besoins ou d'intérêts communs, et tendant à s'organiser politiquement, pour pousser plus avant leur développement interne et écarter les attaques ou les influences étrangères. — Une fois arrivée au terme de son organisation, la nation devient l'État, — sorte de matrice sociale, quelque peu artificielle, — qui implique un pouvoir ou un ensemble de pouvoirs, assujettissant l'individu aux fins essentielles du groupement, et imposant les règles de conduite exigées par ce but, suivant l'idée du juste, en vertu d'un attribut suprême, la souveraineté [1].

Sans insister ici sur la nature, les éléments distinctifs, la mission propre, l'organisation et le fonctionnement de l'Etat, — toutes questions qui ressortissent à un domaine supérieur d'investigation [2], — c'est assez pour notre but de constater que l'Etat — l'État moderne surtout — est éminemment qualifié pour reconnaître et imposer le droit dans un pays et à un moment déterminés, en d'autres termes, qu'il apparaît comme l'organe parfait de la constitution du droit positif [3]. De ce point de vue, on peut affirmer que le droit positif moderne émane, avant tout et essentiellement, de l'État, ou, si l'on veut, que l'État représente son milieu d'éclosion naturel et normal [4].

---

1. Voy. une description vivante et une vigoureuse critique de la conception jacobine de l'Etat, qui n'est que l'exaspération de sa souveraineté, dans : H. Taine, *Les origines de la France contemporaine. La Révolution*, t. III, livre II, chap. II, surtout aux p 120-149 de la 10e édition in-8° de 1887, Paris.

2. Voy. principalement G. Jellinek, *Das Recht des modernen Staats*, I Band, *Allgemeine Rechtslehre*, 2e éd., Berlin, 1905.

3. Cons. P. Leroy-Beaulieu, *L'Etat moderne et ses fonctions*, livre III, chap. III : *L'Etat organe du droit*, p. 107-119 de la 3e édition, Paris, 1906

4. On comprendra aisément que cela ne veuille pas dire que le droit en soi n'existe pas indépendamment de l'État et comme une entité supérieure. Sur ce point, voy. Dr H. Krabbe, *Die Lehre der Rechtssou-*

19. — Est-ce à dire qu'il n'y ait de droit positif que dans et par l'État, de telle sorte qu'on n'en puisse reconnaître les éléments en d'autres sociétés, aux arêtes moins accusées et aux cadres moins rigides [1] ?

Si l'on met à part, comme doué d'une positivité encore imparfaite, le droit international ou droit des gens, qu'on a pu tenir pour régissant la société des États, — société jusqu'ici incomplètement organisée, manquant de la puissance nécessaire pour établir des règles fermes et plus encore de la force indispensable pour en assurer l'exécution, — on pourrait, dans le sein même de l'État, découvrir des groupes plus restreints, tantôt territorialement circonscrits (provinces, communes, etc), tantôt spécifiés par des considérations de caste (noblesse à divers degrés), par un statut corporatif (associations, sociétés, congrégations, etc.), ou de toute autre manière (groupements d'intérêts divers), capables de former des milieux spéciaux de droit positif, pourvu qu'ils continssent en eux-mêmes un organisme assez puissant pour porter et sanctionner des règles de conduite extérieure obligatoires. Telle semble bien être la portée de l'*Autonomie*, reconnue comme institution parallèle à la législation d'État par les jurisconsultes allemands [2]. — Toutefois, cette institution, qui ne va pas sans contrarier la souveraineté, exclusive et jalouse, de l'État moderne, et qui, par suite, perd de plus en plus de son importance, n'a plus, sur le terrain du fait, aucun domaine d'application incontestable en France,

---

veranität, 1906, notamment n^os^ 1-5, p. 1-46 et n° 31, p. 244-254. — L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 1911, t. I, n° 2, p. 2-4 ; n° 16, p. 50-55 ; t. II, n° 92, p. 1-2.

1. En ce sens que le droit peut se rencontrer, d'une façon générale, en dehors de l'État, voy. R. Stammler, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 2e éd., Leipzig, 1906, p. 121-122; — *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911, Fünfter Abschnitt, § 10, p 394-397.

2. Sur cette notion de l'autonomie législative, en droit allemand, voy. Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, Paris, 1899, p. 212-213.

— où tout régime de castes est aboli [1], la noblesse elle-même ne représentant plus qu'une distinction historique, — où l'État s'est assimilé les divisions territoriales, pour en faire comme des fractions ou dérivations de lui-même (départements, communes), — où enfin les groupements, doués d'une véritable homogénéité corporative, ne lient leurs membres par des statuts que suivant la loi générale et dans les limites fixées par celle-ci (autonomie privée en vertu de la liberté des conventions) [2].

Il faudrait donc dépasser la sphère même de l'État, et faire en quelque sorte abstraction de sa notion, pour trouver en dehors de lui, et investies d'une mission nettement distincte, des collectivités assez parfaitement organisées, de soi, pour former un milieu spécifique de droit positif et posséder en elles-mêmes les éléments nécessaires à sa constitution. Et, l'on songera surtout, ici, aux sociétés religieuses, franchement dégagées de l'État et organisées en Églises autonomes. — A vrai dire, la question ne semble pouvoir être posée, en raison des conditions historiques [3], que pour l'Église catholique romaine, telle qu'elle apparaît encore dans l'état actuel de la civilisation, comme ayant, à l'égard de la plupart des États,

1. On a cependant pu prétendre qu'il se formait, en dehors du droit positif commun, un « droit ouvrier », organisé par la vertu de la contrainte inexorable, issue de la « tyrannie syndicale » Voy M Leroy, *L'organisation ouvrière*, dans *Revue de Paris*, n° du 1er mars 1905, p 124 et n° du 15 mars 1905, p. 338-345. — *Adde* M Leroy, *Le droit prolétarien* (Introduction de : *La coutume ouvrière*) dans *Le Mouvement socialiste*, n° de mars-avril 1913 xve année. p. 180-194. — Cpr. S. Panunzio, *Le droit syndical et la notion d'autorité*, dans *Le Mouvement socialiste*, juillet-août 1912, t. XXXII, p 81-96.

2. Comp Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, Paris, 1899, p. 213-214.

3. La plupart des collectivités religieuses, douées de l'organisation nécessaire pour être érigées en milieux de formation de droit positif, se sont, plus ou moins, subordonnées au pouvoir séculier. Il en a été ainsi notamment des plus importantes des Églises protestantes ou évangéliques. Cons., par exemple : Th. Sternberg, *Allgemeine Rechtslehre*, Leipzig, 1904, t. II, p 190-196.

et tendant à avoir, à l'égard de tous, une position indépendante et autonome, qui, dans le domaine international notamment, lui assure, sinon une personnalité incontestée, du moins la reconnaissance d'une existence à part [1].

En réservant ce dernier côté de la question, il reste, du moins, incontestable, que l'Église catholique romaine se présente comme une société vigoureusement organisée, sous le principe d'autorité, ayant, à côté des fidèles (correspondant aux sujets des États), qui en composent le corps, sa forte hiérarchie de pasteurs, avec sa direction suprême aux mains d'un chef unique et sacré [2]. Comment ne pas voir là un milieu de formation et les organes de constitution d'un véritable droit positif? De fait, le droit positif de l'Église existe, comme existe un pouvoir capable de l'édicter et de le sanctionner. Et, si la sanction en reste aujourd'hui d'ordre purement spirituel, ce n'en est pas moins une sanction éminemment sociale, qui peut aller jusqu'à exclure du groupe les fidèles obstinément rebelles à l'autorité (excommunication). — En présence de l'attitude générale des États modernes, qui se déclarent purement laïques et se donnent comme désintéressés des idées religieuses [3], il semble d'autant plus nécessaire de reconnaître dans l'Église un milieu propre de droit positif, en y voyant comme un centre, dont les rayons pénètrent

---

1. Comp. A. Chrétien et P. Nacebaur, *Principes de droit international public*, Paris, 1893, n° 77, p. 74-76 — A. Pillet, note sous Amiens, 21 février 1893, Sirey, 1895-2, p. 58 et 59; — avec les autorités citées par ces auteurs.

2. La forte constitution de l'Église catholique a été bien comprise et énergiquement mise en relief par M. A. Briand, dans son célèbre discours prononcé, à la Chambre des députés, dans la deuxième séance du 22 avril 1905, à propos des textes devenus les articles 4 et 8 de la loi du 9 décembre 1905 (*Journal officiel* du 23 avr. 1905, Chambre des députés, débats parlementaires, session ordin. de 1905, p. 1677).

3. Voy., là-dessus, quelques idées critiques intéressantes dans : M. Hauriou, *Principes de droit public*, Paris, 1910, p. 386-394.

dans les différents États, sans atteindre leur territoire, mais pour unir, par un lien d'ordre spirituel, ceux de leurs sujets, qui lui professent fidélité [1].

Aussi bien, n'a-t-on pu opposer a ce fait, pour en méconnaître les conséquences juridiques nécessaires, que des raisons des plus fragiles [2]. Au fond, — et sans nier la différence de mission des deux pouvoirs placés l'un en face de l'autre, — on a ressenti surtout la difficulté de concilier les moyens, par lesquels l'État et l'Église devaient réaliser leurs fins respectives. Et, dans ce conflit,

---

1. Cette idée, qui n'est pas étrangère à la conception religieuse du monde musulman, peut être rapprochée des théories modernes, qui ont accru, jusqu'à l'extrême, la personnalité du droit national dans le domaine du droit international privé. Voy., par exemple : M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, n° 195, 6e éd., Paris, 1911, p. 80.

2. R. Sohm, *Kirchenrecht*, t. I, 1892, p. 1-3, prétend que l'idée de droit est en opposition avec l'essence toute spirituelle (*geitslich*) de l'Eglise, répugnant à la domination matérielle, à la forme, à la contrainte. C'est là une pure affirmation, déduite d'une conception *a priori* du rôle de l'Église, qui paraît contredite autant par l'histoire que par les exigences du but religieux. Cpr. Th. Sternberg, *Allgemeine Rechtslehre*, Leipzig, 1904, t. II, p. 185-186. — W. Wundt, (*Logik* [II, 2], vol. III; 1895, p. 544-545), fait principalement valoir, contre l'idée d'un droit positif de l'Église (aussi bien d'ailleurs que de tous autres groupements en dehors de l'État), que sa reconnaissance serait contraire et à la logique, comme pouvant mettre en conflit des autorités de même ordre, et à l'éthique comme tendant à exposer les individus (à la fois sujets et fidèles) à une lutte de conscience très délicate. Mais il est clair que ces objections n'indiquent que de simples difficultés, non des impossibilités, soit logiques, soit éthiques. Et, c'est vraiment trancher le nœud gordien, au lieu de le dénouer, que de supprimer un des termes du conflit. — M. A. Esmein, dans un article intitulé *La loi sur la séparation et l'encyclique* Gravissimo (*Revue politique et parlementaire*, n° du 10 octobre 1906, t. L, p. 38-40), après avoir rappelé la doctrine traditionnelle de l'Église, se borne à constater que le droit français moderne n'en admet plus les principales conséquences. — D'autres auteurs nient purement et simplement l'existence d'un droit positif de l'Église. Voy. par exemple R. v. Jhering, *Der Zweck im Recht*, 3e éd., Leipzig, t. I, 1893, p. 321-322. Cpr. la traduction française intitulée *L'évolution du droit*, 1901, p. 215-216, rappr. p. 145 et p. 146.

au moins éventuel, l'État, armé de la force matérielle, a pu trop aisément écarter de son chemin les prétentions rivales de l'Église, réduite à son prestige spirituel [1]. — Ce faisant, l'État semble bien avoir excédé la mesure légitime de sa souveraineté, telle que l'entend le droit public moderne, s'il est vrai que cette souveraineté est limitée par les droits individuels, traduisant juridiquement certains principes essentiels au libre développement de la personne humaine [2], et au premier rang desquels figure la liberté de conscience et de culte [3], ou, plus largement, la liberté religieuse [4], qui ne saurait être pleinement satisfaite que par l'autonomie reconnue à toute société religieuse, douée de l'organisation nécessaire pour accomplir intégralement sa mission. — Quoi qu'il en soit, pour tous ceux qui placent le fondement du droit ailleurs que dans la pure force matérielle [5], il est clair que l'État ne saurait trancher pareille question de sa seule et unilatérale puissance. A défaut d'une entente amiable entre les pouvoirs rivaux, le problème de leur reconnaissance respective ne peut être résolu que d'un point de vue supérieur à celui des compétences à définir. Or, si l'on s'élève à ce domaine, pour n'y tenir compte que des faits donnés, on découvre sans effort dans l'Église catholique une société organisée grâce à un pouvoir capable de soumettre efficacement ses fidèles à des règles de conduite extérieures dominant les caprices individuels. Il n'en faut pas plus, pour recon-

---

1 Comp F. Regelsberger, *Pandekten*, t. I, Leipzig, 1893, § 17, II, B, 1 *in fine*, p. 85-86.

2 Voy. notamment · A Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 5e éd., Paris, 1909, p 476-481

3. Voy. A. Esmein, *op. cit*, p 481.

4. Voy. L Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1911, t II, nos 110-112, p 100-138 — M. Hauriou, *Principes de droit public*, Paris, 1910, p. 396-401

5. Suivant la conception, demeurée traditionnelle en France. Voy. A. Fouillée, *L'idee moderne du droit*, 3e éd., Paris, 1890, notamment p. 23, p. 42-47, p. 71-133

naître là un véritable centre de formation de droit positif, avec tous les effets qui s'en déduisent[1].

20. — Après ces constatations nécessaires, il conviendra de nous attacher désormais au seul droit positif, dont nous puissions avec fruit serrer de près la notion, c'est-à-dire au droit positif constitué dans et par l'Etat que nous considérons, avant tout, tel qu'il apparaît en France à l'époque contemporaine. — Nous n'avons pas, pour l'instant, à préciser ses sources, au premier rang desquelles figure la loi écrite, mode d'expression typique de la volonté souveraine. Mais, envisageant de plus haut toute la vie du droit positif, ainsi déterminé, nous nous assurons sans peine, par un simple regard jeté autour de nous, qu'elle reste constamment et entièrement suspendue à l'intervention du pouvoir social se traduisant de façons fort diverses, notamment par la législation, l'administration proprement dite, la juridiction[2].

Et ceci nous amène, en terminant ce rapide examen de la notion du droit positif, à rappeler, pour en marquer brièvement la portée, la distinction capitale, qui est traditionnellement faite entre ses deux branches, le droit public et le droit privé

Si on poussait jusqu'à l'extrême l'idée de la souveraineté de l'État, on en conclurait aisément qu'il n'existe pas de relations vraiment juridiques entre celui-ci et ses sujets,

---

1. Comp. Thon, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, 1878, Vorwort, p. x-xi — E.-R Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, t. I, 1877, p 1 et sq — F. Regelsberger, *Pandekten*, t. I, 1893, § 17, II, B, 1 *in fine*, p. 85-86. — L. Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, 1907, p 129. — A. Boistel, *Cours de philosophie du droit*, Paris, 1899, t. II, n° 466, p 325-331. — V Cathrein *Moralphilosophie*, 4e éd , 1904, t. I, p 535-536 et t II, p 546-588. — Th. Sternberg, *Allgemeine Rechtslehre*, t. II, 1904, p 196. — Voy. aussi l'opinion très particulière d'A Rava, *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911, p. 62-63

2 Comp L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1911, t. II, p. 1 (n° 92)

mais seulement un état de puissance effective, en vertu duquel les sujets dépendent exclusivement de l'État maître absolu, à moins qu'il ne lui convienne de limiter lui-même son pouvoir par des dispositions remises à son bon plaisir, et, à ce titre, essentiellement précaires. Telle est, à peu près, la doctrine encore dominante chez les publicistes allemands[1]. Mais, cette théorie, issue d'un point de départ faux, dénaturée encore par une logique exaspérée et contraire aux nécessités sociales, est formellement démentie tant par les enseignements de l'histoire que par la réalité des faits les plus faciles à constater.

Il paraît, *a priori*, évident, que l'État, n'étant qu'un instrument de mise en œuvre du droit, ne saurait échapper lui-même à celui-ci, qui constitue une entité supérieure, seule véritablement souveraine. Aussi a-t-il été de tout temps reconnu, sous des formes variées, encore mal définies à l'heure actuelle, mais, telles qu'elles sont, impliquant le sentiment d'une nécessité profonde, que l'État doit être soumis au droit.

Toutefois, la circonstance, que l'État est l'agent nécessaire du droit positif, ne reste pas sans influence sur la nature et l'application de celui-ci. Et, c'est pourquoi on a, dès longtemps, séparé, parmi les normes juridiques, celles qui régissent l'organisation et le fonctionnement de l'État, ou les rapports des individus avec lui, de celles qui règlent uniquement les relations des particuliers entre eux. Les premières, qui composent le droit public, bien que tombant sous la notion générale du droit positif, jouissent d'une plus grande élasticité et comportent des sanctions moins rigides, incluses dans l'organisme même de l'État. Les autres, formant le droit privé, ont seules

1. J'ai en vue ici la fameuse doctrine de l'*auto-limitation* de l'État, sur laquelle voy. L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, chap II, § IV, p. 105-131 : cf. p. 11-12; — *Traité de droit constitutionnel*, 1911, t. I, p. 54 (n° 16)

pleinement le caractère des préceptes répondant au but propre du droit (idée du juste par l'équilibre des intérêts) et restent nettement distincts de leur sanction, qui en constitue la garantie énergique.

Assurément, la distinction n'est pas aisée à préciser dans toutes ses applications. Et la difficulté de la maintenir s'accroît encore du fait que, pour mieux assujettir l'État au droit, on le traite, à certains points de vue, comme une véritable personne privée; d'où résultent parfois des enlacements de principes presque impossibles à débrouiller. — Mais, quelques atténuations qu'elle puisse comporter, la séparation du droit public et du droit privé n'en subsiste pas moins comme fondamentale, au vu des réalités les plus certaines [1].

Et, si, à seule fin de limiter notre effort au terrain le plus strictement juridique, nous nous sommes cantonnés, pour les développements à donner à nos recherches, sur le domaine du droit privé (voy. ci-dessus, n° **6**, p. 18), nous ne saurions oublier la part nécessaire revenant au droit public dans la constitution même du droit positif.

---

1 Aussi W Wundt, *Logik* (II, 2, Abschnitt IV, Kap iv, 3, c), 2e éd, vol. III, 1895, p 561-577, a-t-il pu baser sur cette séparation une distinction capitale de la méthodologie juridique — Voy. aussi R Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911, p 402-404.

CHAPITRE TROISIÈME

LE DROIT POSITIF ENVISAGÉ RATIONNELLEMENT DANS SA NATURE ORGANIQUE ET EN VUE DE SON DÉVELOPPEMENT COMME OBJET DE CONNAISSANCE ET DE PRATIQUE

Sommaire : **21**. Objet et plan de ce chapitre.

I. — **22**. Caractère normatif du droit envisagé comme discipline sociale. — **23**. Part de l'art et de la science dans le droit positif — **24**. Philosophie du sens commun progressif prise comme base de nos recherches

II. — **25**. Complément à tirer de la « philosophie nouvelle ». Notion de celle-ci — **26** Esquisse de la « philosophie nouvelle » et de ses conséquences méthodologiques. — **27** Critique de la « philosophie nouvelle ». Résultats négatifs et positifs. — **28**. Ce qu'il en faut retenir pour notre objet.

III. — **29**. Appoint de l'Ecole de sociologie scientifique. Histoire sommaire de celle-ci. — **30**. Exposé et rejet de la doctrine fondamentale de cette École. — **31**. Ce qu'on doit en retenir pour notre objet

IV. — **32**. Rôle de la connaissance et de l'action dans l'élaboration juridique. — **33**. Le *donné* et le *construit* dans la matière de cette élaboration. — **34** Distinction de la « science » et de la « technique » du droit.

21. — Nous n'avons, jusqu'alors, considéré le droit positif, que tel qu'il apparaît dans les faits, et avec les caractères qui le spécifient, à l'heure présente, en l'ensemble du milieu social.

Il convient, maintenant, de nous placer face à face avec la réalité ainsi dégagée, pour rechercher comment elle se doit développer dans le sens du but auquel elle

tend, et suivant sa nature organique, qui doit, avant tout, être l'objet de notre réflexion. Ici, en effet, nous pénétrons sur un domaine rationnel, où l'observation et l'histoire ne sont plus que les guides initiaux, où l'idéal ne peut encore que faire entrevoir une expansion ultérieure, où seule la conscience, appuyée par les forces d'intelligibilité et de logique, est capable de fournir une lumière féconde et d'offrir une direction sûre.

Or, le droit positif étant une fonction de la vie sociale [1], il faudrait, d'abord, le situer parmi les éléments qui informent ou maîtrisent cette vie, en vue de découvrir quelle sorte d'élaboration comporte le progrès juridique, auxquelles de nos puissances et de nos facultés il fait appel. — Ainsi inséré dans les cadres de notre activité, il restera à lui appliquer effectivement celle-ci suivant les principes suggérés par une philosophie générale, que renouvelleraient et vivifieraient peut-être certains courants d'inspiration moderne. — Ne suffirait-il pas de pouvoir espérer que pareille étude nous ouvrît quelques vues intéressantes et aptes à préparer des bases sérieuses à l'investigation juridique, pour qu'il valût d'en faire l'essai?

I

22. — Tout ce qui contribue à promouvoir, à alimenter et à développer la vie sociale de l'humanité, croyances, mœurs, morale, droit, politique, langue, sciences, arts, agriculture, commerce, industrie, etc., suppose une activité des individus, qui doit s'élever à la conscience d'elle-même, pour, au mieux, remplir son rôle et réaliser sa

1 Pour préciser ce point, on a encore grand profit à lire aujourd'hui : W. Arnold, *Cultur und Rechtsleben*, Berlin, 1865; ouvrage, auquel son apparition, trop rapprochée de celle des premiers volumes de l'*Geist des römischen Rechts*, de R. von Jhering, fait injustement tort, et qui n'a pas obtenu en France la notoriété due à son mérite.

mission. En d'autres termes, toute discipline sociale tend à l'action par la connaissance [1]. — Mais, tantôt, la connaissance prédomine, s'agissant, avant tout, de pénétrer le secret intime des choses, pour en induire, d'une façon presque spontanée, la conduite à tenir en conséquence; tantôt, la structure des réalités paraissant plus simple à supposer ou, à l'inverse, trop malaisée à découvrir, la connaissance s'efface devant l'action, qui exige les plus décisifs efforts [2]. Et, quand on embrasse l'ensemble des disciplines sociales sous l'expression — alors quelque peu imprécise — de « sciences », c'est à cette double direction qu'on doit, à mon sens, rapporter la distinction des sciences descriptives ou explicatives et des sciences normatives [3]; distinction, qui ne traduit qu'une diversité de

---

1. On nous saura gré de citer ici quelques lignes profondes d'H. Bergson : « Mais il ne faut pas oublier que le travail normal de l'intelligence est loin d'être un travail désintéressé. Nous ne visons pas, en général, à connaître pour connaître, mais à connaître pour un parti à prendre, pour un profit à retirer, enfin pour un intérêt à satisfaire. Nous cherchons jusqu'à quel point l'objet à connaître est *ceci* ou *cela*, dans quel genre connu il rentre, quelle espèce d'action, de démarche ou d'attitude il devrait nous suggérer » *(Introduction à la métaphysique)*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1903, t. XI, p. 16.

2. Comp. A. Prins, dans *Revue de l'Université de Bruxelles*, 1907-1908, t. XIII, p. 49-50.

3. Sur cette distinction, comprise, d'ailleurs, d'une façon assez différente de celle que j'expose ici, voy. W. Wundt, *Ethik. Einleitung*, 1. *Die Ethik als Normwissenschaft*, 3e éd., 1903, t. I, p. 1-10. Le point de vue de Wundt a été expliqué, d'une façon intéressante, par H. Norero, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1908, t. XVI *(La philosophie de Wundt)*, p. 214-243, en ces termes : « Néanmoins [c'est-à-dire quoique le monde moral soit doublement soumis au devenir] l'idée de science normative n'en reste pas moins nécessaire et ne peut être remplacée par l'idée de pure technique ou d'art pratique. Car, la technique nous dit bien que, si nous voulons réaliser tel ou tel effet, il convient d'employer tels ou tels moyens; mais elle ne nous prescrit pas de viser à un but plutôt qu'à un autre. La science normative, au contraire, a pour caractéristique de s'adresser à la volonté libre, c'est-à-dire capable de choisir entre divers actes possibles, afin de fixer la détermination de son choix au moyen de ses règles, relatives sans doute,

tendances, et qui, pour rester juste, demande à être appliquée avec autant de sobriété que de souplesse[1].

De ce point de vue, et sous les réserves qui le précisent, il ne paraîtra pas douteux que le droit ne doive, à l'égal de la morale[2], — dont il n'est, à bien prendre, qu'une partie séparée et spécifiée par son but propre[3], — être compté parmi les sciences (au sens large du mot), ou les disciplines, *normatives*[4]. — Et, ce caractère une fois constaté, nous voilà mis en garde contre la tentation d'appliquer *purement et simplement* à l'investigation juridique les moyens et procédés reconnus efficaces dans l'élaboration des sciences proprement dites, mathématiques, physique, chimie, sciences naturelles, psychologie, sociologie pure; toutes disciplines, visant principalement la description, et, éventuellement, l'explication, du monde tel qu'il est, pour laisser à des techniques spéciales l'application pratique des lois qu'elles-mêmes se contentent de dégager.

Mais, en retenant, — pour les faire contribuer à la

---

mais pourtant, dans les conditions données, nettement obligatoires ».

1. Elle demande aussi à être combinée avec la distinction des sciences pures et des sciences appliquées, sur laquelle voy. notamment : W. Ostwald, *Esquisse d'une philosophie des sciences*, trad. Dorolle, Paris, 1911, livre I, § 18, p. 57-59.

2. A la négation de la morale *théorique* ou *normative*, devenue comme un article du *credo* de l'école sociologique (voy. notamment : L. Lévy-Bruhl, *La morale et la science des mœurs*, 3e éd., Paris, 1907), je me contente d'opposer ici les observations de bon sens formulées par Wundt d'après Norero cité ci-dessus, p. 68, note 3 (n° **22**). — Dire que la science de la morale serait purement descriptive, c'est dénaturer, de parti pris, la notion, traditionnelle et toujours vivante, de la morale. — *Adde* : P. Malapert, *Leçons de philosophie*, t. II, Paris, 1908, p. 1-9.

3. Voy. ci-dessus, n° **16**, p. 47-52; et comp p. 46 (n° **15**).

4. Cpr. G Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2e éd., Berlin, 1905, t. I, p. 19-20 (trad. franç de Fardis *L'État moderne et son droit*, t I, Paris, 1904, p 27-28), qui distingue avec soin le droit comme fait social et le droit comme norme. — *Adde* : H.-U. Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Tübingen, 1911, p. 29-30.

pénétration du droit, — les éléments essentiels de toute méthodologie scientifique[1], nous devrons sans doute y joindre des postulats, aptes à déterminer la conduite des hommes, quand même ils ne surgiraient pas de la pure constatation des réalités. Et, si ces postulats peuvent être considérés comme suggérés par la raison, — en vertu même de la puissance infiniment féconde et variée de cette faculté, — encore n'apparaîtront-ils pas, comme d'autres, — ceux de la logique[2], par exemple, — le fruit d'une impulsion spontanée de la pensée, qui les précise, en même temps qu'elle les justifie, pour tous les esprits normalement constitués Ils devront être puisés à une source plus profonde et plus obscure, capable de les consacrer par la majesté même de son mystère. Peut-être aussi comporteront-ils une mise en œuvre quelque peu différente de celle qui s'applique aux principes scientifiques.

Ainsi se manifeste *a priori* la nécessité des données les plus complexes, des procédés les plus variés en vue d'une élaboration conforme à la nature et au but propres du *droit*.

23. — Que si nous prenons celui-ci dans sa réalité vivante de *droit positif*, pour préciser l'essence et serrer, de plus près, les conditions de son progrès, il semblera, dès l'abord, peu exact, d'y voir une science proprement dite, c'est-à-dire, suivant la conception moderne la plus accréditée et la moins contestable, une discipline de l'esprit, qui saisisse les rapports généraux des phénomènes et cherche à en dégager les lois ou à déterminer les règles qu'ils imposent. En soi, le droit positif est plutôt, essentiellement, un art, si l'on entend par là tout mécanisme

---

1 Voy. ci-après les chapitres quatrième et cinquième.

2 La logique est, elle aussi, et au premier chef, science normative, mais d'un tout autre ordre, assurément, que la morale ou le droit, qui impliquent de véritables « jugements de valeur ».

de mise en œuvre de préceptes vitaux (lois acquises ou croyances), en vue d'un but pratique [1]. Mais l'art (ainsi compris), qui ne fait qu'adapter les moyens à leurs fins, suppose établies les fins élles-mêmes, et celles-ci ne peuvent ressortir que d'un *processus* de connaissance, où la science entre pour une bonne part. De telle sorte, qu'en son ensemble, le droit nous apparaît comme un art fondé sur la science. Assurément, l'art y prédomine, mais cet art fonctionnerait à vide, et donc sans résultat possible, s'il ne plongeait dans la science, s'il n'était constamment alimenté par elle [2].

Reste à savoir quels résultats positifs l'investigation scientifique, ou, plus généralement, les divers procédés de connaissance peuvent offrir aux prises de la mise en œuvre pratique du droit. Et ce problème demeure comme un point capital de nos investigations [3]. Dès à présent, toutefois, nous pouvons pressentir que l'élaboration technique aura chance d'être ici plus féconde que la recherche proprement scientifique; en même temps, d'autre part, nous devons reconnaître que science et pratique restent, malgré tout, les deux instruments indispensables au plein développement du progrès juridique.

24. — L'effort du jurisconsulte tend donc à *savoir* pour *pouvoir*, avec prédominance du dernier terme, qui exprime

1. Voy. ici : E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, sous le mot « Science ». Syn *Science, Art*, t. II, Paris, 1872, p. 1856, col. 2. — E. Goblot, *Essai sur la classification des sciences*, Paris, 1898, *passim*, notamment p. 195-197, p. 253-254, p. 281. — En ce sens que l'art et la science sont, tous deux, partie intégrante du savoir humain, voy. Gardner (discours à la Sorbonne, le 21 mai 1907, sur l'*Idéal du savoir*), dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1907-2°, t. LIV, p. 43-49, notamment p. 45, p. 46, p 48-49.

2. *Adde :* Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, p 16-17 (n° 7) — L. Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, 1907, § 2, p. 18-23. — Cpr. le compte rendu anonyme de : J. Charmont, *La renaissance du droit naturel*, dans Sirey, 1910, *Bulletin bibliographique*, p. 21.

3. Voy. ci-dessous, surtout la seconde et la troisième parties du présent travail.

le but final, sur le premier, qui n'est guère plus qu'un moyen d'y atteindre.

En vue d'aboutir en l'un et l'autre sens, il serait assurément précieux d'avoir, au préalable, scruté à fond les deux grands problèmes, qu'en rencontre au seuil de toute recherche philosophique : problème de la connaissance, qui seul peut fixer la valeur et préciser les moyens de nos regards sur le monde [1] ; problème de l'action, derrière lequel apparaît le mystère de la destinée humaine [2]. — Toutefois, il ne peut être question, ici, faute de temps et de place, faute de compétence surtout, d'aborder, fût-ce en passant, de si hauts domaines de pensée. — D'autre part, il paraîtrait aussi dangereux que téméraire, de vouloir, sur ces points généraux et dominateurs, nous inspirer d'un système philosophique, construit d'un bloc, qu'il faudrait prendre tout fait, qui n'aurait que la valeur d'une conception subjective, et dont la ruine éventuelle ébranlerait, voire détruirait, toutes les constructions édifiées sur sa base [3]. — Au vrai, puisque le droit est destiné à tous et ne se peut développer que par des efforts collectifs, il n'est pas raisonnable de penser qu'il dépende d'une conception générale du monde, qui, en fait, se trouverait étrangère à la plupart des intéressés, qu'on ne saurait même faire accepter de la majorité des jurisconsultes et dont l'exigence entraverait toute l'évolution juridique.

Comme il faut bien, cependant, que toute œuvre

---

1. Voy. notamment : A.-A. Cournot, *Essai sur les fondements de nos connaissances et sur les caractères de la critique philosophique*, 1851 ; nouv. éd. Paris, Hachette, 1912. — *Traité de l'enchaînement des idées fondamentales dans les sciences et dans l'histoire*, nouv. éd. par L. Lévy-Bruhl, Paris, 1911.

2. Voy., par exemple : M. Blondel, *L'action. Essai d'une critique de la vie et d'une science de la pratique*, Paris, 1893. — Et comp. M. Pradines, *Critique des conditions de l'action. Principes de toute philosophie de l'action*, Paris, 1909.

3. Comp., sur la valeur, très relative, des systèmes philosophiques : M. Frischeisen-Kohler, *Moderne philosophie*, Stuttgart, 1907, Einleitung, p. 3-48.

humaine, qui fait appel aux puissances de l'esprit, s'élabore en fonction d'une philosophie, entendue comme un ensemble d'idées et d'opinions, relativement stables, à la mesure desquelles on en exprime et en ordonne le contenu, je ne vois pas qu'il convienne, en la matière, de nous appuyer sur autre chose que la philosophie du sens commun. Et, sans doute, pareille base sera jugée bien étroite, inconsistante, et fragile, par des philosophes de profession. Qu'y faire, pourtant, si c'est la seule, où se puissent prendre tous ceux qui contribuent à l'élaboration de la jurisprudence? Au surplus, il ne s'agit pas, ici, d'un sens commun, figé, immuable, hiératique; j'entends parler, au contraire, d'un sens commun, vivant et progressif, qui, parti des besoins primordiaux et essentiels de l'esprit, a recueilli, pour se les assimiler et s'en enrichir, toutes les conquêtes définitivement obtenues par le travail éprouvé de la philosophie générale et reste ouvert à toutes les nouvelles influences, qui puissent rectifier les préjugés anciens ou éclairer les conceptions courantes, bref d'un *sens commun* épuré et affiné par le plus solide et le mieux éclairé *bon sens* [1].

Cette philosophie — qui ressemble fort à la *philosophia perennis* dont parlait Leibnitz — ne saurait être exposée *ex professo*. De par sa définition même, elle se constitue sous l'action spontanée de l'attention réfléchie et elle s'affine au moyen d'une intégration constante des résultats de l'expérience collective, pour se représenter presque

1 Cpr. . L. Ollé-Laprune, *La philosophie et le temps présent*, 5 éd., 1908, *passim*, notamment p. 348-360, p 372-373. — L. Brunschvicg, *Spiritualisme et sens commun*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1897, t. V, p. 531-534, p. 544-545. — Ch Dunan, Observations publiées par M. Rifaux, *Les conditions du retour au catholicisme*, Paris, 1907, p 192-194; cpr p. 194-200 — *Adde*, sur l'importance de la tradition historique et la nécessité de maintenir une continuité progressive dans la philosophie du droit, les judicieuses réflexions et utiles indications de V. Cathrein, *Recht, Naturrecht und positives Recht*, 2e éd., Freiburg-i.-B., 1909, p. 9-12.

automatiquement dans l'esprit de tout homme cultivé, qui, suivant le courant civilisateur, sait penser et raisonner la vie. Dominée par les exigences de nature, que révèlent l'observation et l'expérience courantes, elle a su constamment maintenir, contre de fallacieuses objections ou de séduisantes hypothèses, dont elle ne retenait qu'un accroissement et un assouplissement de ses données premières, les vérités fondamentales, sur lesquelles a toujours vécu et travaillé l'humanité : réalisme modéré, qui, sans nier la valeur de l'idée, maintient, en face de celle-ci, des entités extérieures à l'esprit; — dualité du sujet connaissant et de l'objet connu, sans laquelle tout essai de pénétration des choses est ruineux, à sa base; — objectivité de la connaissance manifestée, du moins, par la coïncidence des représentations chez tous les êtres pensants; — infaillibilité d'une logique bâtie tout entière sur l'idée de non-contradiction, issue elle-même du principe d'identité[1]; — confiance absolue dans les autres principes indispensables pour diriger une connaissance rationnelle : principe de raison suffisante (tout ce qui est ou se fait a sa raison d'être) et ses dérivés; principe de causalité (tout ce qui commence d'exister a une cause); principe des lois (dans les mêmes circonstances, les mêmes causes produisent toujours les mêmes effets); aspiration vers une finalité intelligible seule capable de donner un sens au monde; — à quoi s'ajoute, pour le domaine moral, le principe du devoir, basé sur la distinction du bien et du mal, révélée par la conscience qui dirige la volonté de l'homme, tenue pour libre en dépit des illusions déterministes.

Toutefois, comme elle ne saurait poursuivre son progrès qu'au prix d'une évolution consciente et d'une critique toujours en éveil, la philosophie *du sens commun*

---

1. Voy. L. Couturat, *La logique et la philosophie contemporaine*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1906, t. XIV, p. 318-341.

progressif, prise à un moment donné, peut avoir à décider son attitude en face de mouvements d'idées récemment dessinés, qui n'ont pas encore définitivement affronté le tribunal de l'opinion, bien loin d'avoir subi l'épreuve d'un jugement général des penseurs. En pareil cas, il appartient à quiconque met en œuvre cette philosophie, de proposer, pour l'enrichir, tel ou tel emprunt aux doctrines en formation, parlant à titre individuel et sans prétendre donner à son avis le crédit et la fermeté d'un *consensus* collectif.

C'est sous cette forme modeste que je voudrais indiquer personnellement ici ce qui me paraît pouvoir être utilement tiré, pour éclairer la marche de notre étude, de deux mouvements philosophiques, qui sont encore, à l'heure actuelle, en pleine crise de genèse et d'évolution.

II

25. — L'un de ces mouvements se rattache à ce qu'on appelle volontiers, depuis quelques années, la « philosophie nouvelle », entendue non pas au sens d'un *pragmatisme* exaspéré, qui abolisse complètement la connaissance au profit d'une action mal définie, fuyante, défiant toute règle fixe [1], mais plutôt comme une attitude, qui, unissant l'action à la pensée, cherche à circonscrire celle-ci au moyen d'une critique, infiniment nuancée et souple,

---

1. Je vise ici principalement le pseudo pragmatisme de l'École de Florence — représentée notamment par MM. G. Papini (*Il crepuscolo dei filosofi*, 1906), G. Prezzolini (*L'arte di persuadere*, 1907) et tout le groupe du *Leonardo*, — lequel semble se ramener à un opportunisme sans principes et presque à une nouvelle forme du dilettantisme. — Quant au pragmatisme (ou humanisme) anglo-saxon, qui paraît dérivé de l'utilitarisme d'H. Spencer et a eu pour interprètes principaux MM. W. James et F.-C.-S Schiller (auquels certains ajoutent : Peirce et Dewey), il n'acquiert, à mes yeux, une véritable valeur philosophique que combiné et refondu avec la « philosophie nouvelle »

susceptible pourtant, — on l'espère du moins, — par la vertu même de ses délicates et subtiles variations, de suppléer à la rigueur des catégories qu'elle bat en brèche [1].

Ce n'est pas ici le lieu de présenter, dans leur plénitude, les thèses fondamentales de cette philosophie, — éminemment française par ses origines et ses soutiens principaux [2], — qui, née d'une réaction nécessaire contre l'hyperrationalisme de la génération, dont les plus illustres maîtres avaient été, après A. Comte, Taine et Renan [3], déjà pressentie par Ravaisson [4], nettement esquissée dans les travaux de M. E. Boutroux [5], reconnaît comme son

---

1. Les jurisconsultes et économistes allemands commencent à entrevoir l'enrichissement que peuvent apporter à nos disciplines les vues philosophiques de M Boutroux et de M. Bergson. Voy. notamment : J. Kohler, dans *Archiv fur Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, 1912-1913, t VI, p. 4 (Einleitung) et dans *Enzyklopadie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, 7e éd., t I, Munchen und Leipzig, Berlin, 1913, p. 8, note 5. — *Adde :* Walther-Kohler, *Boutroux, Begriff der Naturgesetzes*, dans *Jahrbuch fur Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich*, de G. Schmoller, 1912, t. XXXVI, p. 1883-1903 (319-339).

2. Sur le *pragmatisme* de W. James et F.-C.-S Schiller et ses rapports avec la philosophie nouvelle, voy. la note 1 de la page 75. — *Adde* A. Chaumeix, *William James*, dans *Revue des deux mondes*, n° du 15 octobre 1910, Cinquième période, t. LIX, p. 836-864, principalement p. 843-850, p 856-863.

3. Il semble, d'ailleurs, que ces maîtres n'aient pas été sans entrevoir les idées nouvelles Voy. par exemple : L Renan (*Patrice*), dans *Revue des deux mondes*, n° du 15 mai 1908, cinquième période, t. XLV, p 255-261. — A Chevrillon, *Taine. Notes et souvenirs*, dans *Revue de Paris*, n° du 1er juin 1908, p. 587 608, surtout p. 599-601. — *Adde* F Ravaisson, *La philosophie en France au XIXe siècle* (rapport), Paris, 1868, p 66-99.

4. F. Ravaisson, *La philosophie en France au XIXe siècle* (rapport), Paris, 1868, notamment § xxxvi, p. 233-266

5. E. Boutroux, *De la contingence des lois de la nature*, Paris, 1re éd., 1874, 2e éd , 1898. — *De l'idée de loi naturelle dans la science et la philosophie contemporaines*, Paris, 1895, 2e éd , 1901. — *Science et religion*, Paris, 1908 — *William James*, Paris, 1911 — Préface à la traduction française du *Pragmatisme* de W. James, Paris, 1911. — *Adde*

interprète le plus personnel et le plus éminent M. H. Bergson [1], reçoit de la plume hardie et souple de M. Ed. Le Roy une expression enthousiaste, tranchante, énergique, allant parfois jusqu'à l'outrance [2], rayonne à travers la critique des sciences, s'infiltrant, en dépit de mille réserves et nuances de détail, dans les recherches méthodologiques de MM. H. Poincaré [3], Milhaud [4], P. Duhem [5], Wilbois [6], et va retentir, avec une force inattendue, le long du domaine de la spéculation religieuse, sous l'influence

---

encore *Morale et religion*, dans *Revue des deux mondes*, n° du 1er septembre 1910, Cinquième période, t LIX, p. 5-37

1. H. Bergson, *Essai sur les données immédiates de la conscience*, Paris, 1889. — *Matière et mémoire*, Paris, 1896 — *Le rire*, Paris, 1900. — *Introduction à la métaphysique*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1903, t. XI, p. 1-36 — *L'évolution créatrice*, Paris, 1907. — *L'âme et le corps* (conférence du 28 avr 1912), dans *Foi et vie*, 1912, t. XV, p. 714-719, et 1913, t. XVI, p. 7-15.

2. Ed. Le Roy, *Science et philosophie*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1899, t. VII, p. 375-425, p. 503-562, p 708-731, et 1900, t. VIII, p. 37-72 — *Un positivisme nouveau*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1901, t. IX, p. 138-153 — *Sur quelques objections adressées à la nouvelle philosophie*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1901, t IX, p 292-327, p 407-432 — *La science positive et les philosophies de la liberté*, dans *Bibliothèque du Congrès international de philosophie*, t. I, 1900, p 313-341 — *Idéalisme et positivisme*, dans *Bulletin de la Société française de philosophie*, 1904, 4e année, p. 152-178. — *Sur la notion de vérité*, dans *Correspondance de l'Union pour la vérité*, n° 1, 1906. — *Dogme et critique*, 4e éd , Paris, 1907 — *Une philosophie nouvelle Henri Bergson*, Paris, 1912.

3 H. Poincaré, *La science et l'hypothèse*, Paris, 1902. — *La valeur de la science*, Paris, 1905. — *Science et methode*, Paris, 1908 — *Dernieres pensées*, Paris, 1913.

4. G. Milhaud, *Essai sur les conditions et les limites de la certitude logique*, 1894. — *Le rationnel*, Paris, 1898.

5. P. Duhem, *La théorie physique. Son objet et sa structure*, Paris, 1906.

6. J Wilbois, *La méthode des sciences physiques*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1899, t. VII, p. 579-615, et 1900, t. VIII, p. 291-322. — *L'esprit positif*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1901, t. IX, p. 154-209, p. 579-645, et 1902, t. X, p 69-105, p. 334-370, p. 565-612. — *Devoir et durée. Essai de morale sociale*, Paris, F. Alcan, 1912, chap III, p. 24-56.

indirecte, et peu consciente sans doute, de L. Ollé-Laprune [1], par l'initiative originale de M. M. Blondel [2], bientôt suivi, en apologétique, de M. Laberthonnière [3], pour être largement distancé, dans la critique des dogmes, par M. Ed. Le Roy [4], en exégèse, par M. Loisy [5]. Sans parler de rayonnements très différents, mal déterminés encore, voire des plus contestables, comme celui qu'on a plusieurs fois prétendu relever entre l'esprit de la philosophie bergsonienne et les thèses syndicalistes [6]. — A

---

1. Voy Léon Ollé-Laprune. *De la certitude morale ;* thèse de doctorat Lettres, Paris, 1880, 5e éd , 1905. — *La philosophie et le temps présent,* Paris, 1890, 5e éd., 1908 (notamment le chap iv, p. 65-92) — *Les sources de la paix intellectuelle,* Paris, 1892, 5e éd., 1906. — *Le prix de la vie,* Paris, 1894 ; 18e éd., 1907. — *La raison et le rationalisme* (avec préface de V. Delbos), Paris, 1906; 2e éd., 1906. — Cons. M. Blondel, *Léon Ollé-Laprune* (Notice), 1899, § iii, p. 24-51, notamment p. 30-35.

2. M. Blondel, *L'action. Essai d'une critique de la vie et d'une science de la pratique,* Paris, 1893. — *Les exigences rationnelles de la pensée contemporaine en matière d'apologétique et la méthode de la philosophie dans l'étude du problème religieux,* dans *Annales de philosophie chrétienne,* janvier et juillet 1906. — Voir une critique philosophique et théologique de la doctrine de M Blondel, dans J. de Tonquédec, *Immanence,* Paris, 1913.

3. P. L. Laberthonnière, *Essai de philosophie religieuse,* Paris, 1903.

4. Ed. Le Roy, *Dogme et critique,* 4e éd , Paris, 1907. — Comp. *Comment se pose le problème de Dieu,* dans *Revue de métaphysique et de morale,* 1907, t. XV, p. 129-170 et p. 470-513.

5. A. Loisy, *L'Évangile et l'Église,* 1902 — *Autour d'un petit livre,* 1903. — *Les Évangiles synoptiques,* 1907-1908 — *Quelques lettres sur des questions actuelles et sur des événements récents,* 1908. — *L'Évangile selon Marc,* 1912.

6. Voy. notamment : G. Sorel. *Réflexions sur la violence,* Paris, 1908, *passim,* surtout Introduction . Lettre à Daniel Halévy, p. ix, p. xxxii-xxxiv, puis le chapitre iv, La grève prolétarienne, principalement p. 90, p. 96, p. 99-100, p. 114, p. 117. — Enquête du *Mouvement socialiste* en 1911 et 1912 sur l'Influence de la philosophie de M. Bergson. — F. Challaye, *Le syndicalisme révolutionnaire,* dans *Revue de métaphysique et de morale,* 1907, t. XV p. 105, p. 256, p. 272. — Et, sur tout cela, cons. un intéressant article critique *Syndicalisme et philosophie* dans les *Débats* du mardi 21 février 1911. — Voy. aussi C. Bouglé,

dire vrai, pareil mouvement est encore trop vivant, trop mêlé d'éléments hétérogènes, trop entravé de résistances et d'à-coups, trop peu fixé dans ses lignes définitives, et, pour tout dire, trop loin de son développement achevé, pour pouvoir, à l'heure actuelle, être dessiné avec fermeté et précision [1]. En tout cas, semblable effort excéderait manifestement ma compétence et mes moyens [2].

Aussi bien, suffit-il à mon but présent, de relever, dans les résultats déjà acquis de la « philosophie nouvelle », une direction riche et sûre, qui puisse et qui doive, si on l'accepte [3], influer sur la méthodologie du

---

Syndicalistes et Bergsoniens, dans *La Revue du mois*, 10 avril 1909, p. 403-416.

1. On en trouvera l'esquisse en nombre de travaux destinés au grand public et dont plusieurs dépassent notablement le niveau d'œuvres de vulgarisation Je cite notamment : 1° comme exposés généraux et critiques : Jacob, *La philosophie d'hier et celle d'aujourd'hui* dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1898, t. VI, p. 170-201. — L Brunschvicg, *La philosophie nouvelle et l'intellectualisme*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1901, t. IX, p 433-478 — P. Landormy, *Remarques sur la philosophie nouvelle et ses rapports avec l'intellectualisme*, *ibid* , p. 479-486. — G. Cantecor, *La philosophie nouvelle et la vie de l'esprit*, dans *Revue philosophique*, 1903,1°, t. LV, p. 252-277. — F. Enriques, *La valeur de la science*, dans *La Revue du mois*, n° du 10 novembre 1908, 3e année, p. 539-554.; et 2° comme se rapprochant davantage de la simple divulgation sympathique : A. Chaumeix, *Les critiques du rationalisme*, dans *La Revue hebdomadaire*, 1er janvier 1910, p. 5-32 ; *Les idées de M. Émile Boutroux* dans *La Revue hebdomadaire*, 20 avril 1912, p. 392-416. — R. Gillouin, *Henri Bergson*, Paris, 1912. — Ed. Le Roy, *Une philosophie nouvelle. Henri Bergson*, Paris, 1912. — G Rageot, *Émile Boutroux*, dans *La Revue*, n° du 1er novembre 1912, Sixième série, t. XCIX, p. 51-60. — P. Gaultier, *L'œuvre philosophique de M. Émile Boutroux*, dans *Revue des deux mondes*, n° du 15 octobre 1912 Sixième période, t XI, p 836-871.

2. *Adde*, encore, en ce qui touche l'influence de la « philosophie nouvelle » sur la jeunesse : Agathon, *Les jeunes gens d'aujourd'hui*, VI. *Le mouvement catholique*, dans *L'Opinion*, n° du 1er juin 1912, p. 685-688, surtout p 686-687.

3. J'ai à peine besoin d'indiquer qu en esquissant ici, comme je les saisis, la substance de la « philosophie nouvelle » et ses prolongements plus ou moins certains, je n'ai entendu donner mon adhésion ni à l'une ni aux autres. Mon appréciation est exprimée plus loin (nos 27-28).

droit, comme sur celle de toute discipline, ayant à pénétrer, sous quelque point de vue, l'essence de la vie sociale [1].

26. — Partant de cette constatation (généralisée, un peu témérairement peut-être, par la thèse évolutionniste), que les choses du monde, soumises à la durée, sont dans un flux constant et comme l'objet d'un écoulement continu, de telle sorte qu'il n'y ait pas de natures fixes mais des essences en perpétuel changement, et observant, en même temps, que les facultés de l'homme ne s'exercent pas suivant une loi de dissociation schématique, qu'elles agissent en un concert perpétuel, qui ne permet pas de les isoler les unes des autres, — la « philosophie nouvelle » critique énergiquement, comme moyens de connaissance, les « procédés discursifs », qui déforment à plaisir la réalité (comme des marches d'escalier substituées à une pente douce), voire même les purs concepts, qui ne saisissent les choses que par fragments et les représentent à la façon de moules figés et solides, incapables d'en exprimer la variété, la fluidité, essentielles. — Il faut, nous dit-on, compléter et corriger la raideur de l'intelligence par la souplesse de l'instinct, de façon à ausculter le mystère du monde au moyen d'une sorte de *sympathie intellectuelle*. Il faut suppléer aux défauts et aux lacunes de l'analyse par concepts au moyen de vues multipliées, diverses, métaphoriques, qui nous fournissent une *expérience intégrale*, non seulement révélatrice des choses, mais informante et créatrice en même temps. — Dans ce but, la « philosophie nouvelle » prône, sous le nom d'*intuition*, un mode de connaissance plus subtil que l'intellect pur, qui, s'installant au cœur même de la réalité, la pénétrerait pour ainsi dire du dedans, et, se laissant emporter avec elle, la suivrait dans son incessant mouvement. — Ainsi, elle substitue à la notion d'une vérité, basée sur des prin-

1. Comp J. Wilbois, *Devoir et durée (Essai de morale sociale)*, Paris, F. Alcan, 1912.

cipes, et par suite fixe, stable, faite d'une pièce, celle d'une vérité immanente aux choses mêmes, comme telle, variable par nature, flottante, s'élaborant sans cesse et ne se justifiant pleinement que dans le succès. — Finalement elle tend à prolonger, voire à fondre, la connaissance dans l'action même, en faisant de celle-ci le critérium décisif de la vie sociale et individuelle [1].

Or, si, dans leur ensemble, ces conclusions sont loin d'être suffisamment établies, si elles demandent un achèvement qui ne se laisse pas encore apercevoir, il en ressort, dès maintenant, comme formant la partie jusqu'alors la plus solide du système un *procès de l'intellectualisme*, digne, à tout le moins, de retenir l'attention et susceptible, ce semble, d'introduire quelques éléments précieux dans l'édifice de toute connaissance [2]. — De fait, il paraît bien que, par un abus d'analyse, les procédés traditionnels de l'interprétation du monde aient exagéré la décomposition

1. C'est par là que la « philosophie nouvelle » se soude au « pragmatisme », qu'elle prolonge, complète et redresse en même temps. — Il me paraît douteux que cette « soudure » réponde à la pensée personnelle de M Bergson, qui, à l'intuition, oppose l'action en même temps que l'intelligence Aussi bien, la «philosophie nouvelle » ne doit-elle pas se confondre avec le « Bergsonisme ».

2. On a parfois paru réserver le bénéfice de ces points de vue nouveaux à certaines branches de la science. — A cet égard, on peut observer deux tendances différentes chez le coryphée même de la « philosophie nouvelle ». Parfois, M. H Bergson nous dit que les procédés, familiers à notre intelligence (concepts purs), ne réussissent que pour l'étude des solides, de l'inorganique se représentant dans les choses matérielles ou leurs symboles mathématiques. et qu'ils doivent être complétés et assouplis, quand on envisage l'organique dans les sciences de la vie (voy. par exemple : *L'évolution créatrice*, Introduction). Tantôt, il a paru réserver plutôt l intuition (par sympathie intellectuelle) à la métaphysique, qui, pour lui, se confondrait avec la vraie philosophie (voy. *Introduction à la métaphysique*, dans *Revue de metaphysique et de morale*, 1903, t. XI, p. 1-36). — Au fond, cette dissonance est plus apparente que réelle. Il faut savoir ce qu'on entend par la « vie » Pour moi, c'est un côté des choses qui se retrouve partout, bien qu'il soit particulièrement important dans les sciences proprement biologiques, psychologiques et morales.

et la décoloration des choses, jusqu'à en dissoudre l'unité vitale. En même temps, on arrivait, par une illusion facile, à revêtir, ce qui n'était que symbole ou artifice de la pensée, d'une réalité imaginaire et fallacieuse.

C'est ce qu'a bien montré la récente critique des sciences mathématiques et physiques. — Les axiomes mathématiques, les principes mêmes de la mécanique, ne sont que des conventions et des définitions déguisées, nous a dit l'illustre H. POINCARÉ. Et ce puissant esprit nous faisait voir, en même temps, quel rôle capital ont joué les hypothèses, dans l'élaboration des théories physiques, se superposant les unes aux autres en vue d'une plus pleine compréhension des faits, et dont il reste vain de se demander si elles sont vraies, dont il faut savoir seulement si elles sont commodes [1]. — Allant plus loin, ou précisant davantage sa pensée, M. P. DUHEM refuse aux théories physiques toute valeur explicative, pour n'y voir que des représentations conceptuelles des faits observés ou les classifications naturelles d'un ensemble de lois expérimentales. Et, pour lui, l'expérience ne repose que sur une interprétation abstraite et symbolique de données concrètes, de même que la loi scientifique exprime simplement une

1. H. POINCARÉ, *La science et l'hypothèse*, Paris, 1902, *passim*, notamment p 1-7, p 64-67, p. 90-91, p. 162-166, p. 167-196. — Ch. NORDMANN, *Henri Poincaré Son œuvre scientifique. Sa philosophie*, dans *Revue des deux mondes*, n° du 15 octobre 1912, Sixième période, t. XI, p. 349-368. — G. MILHAUD, *Henri Poincaré*, dans *La Grande Revue*, 10 décembre 1912, p 488-498. — E. BOUTROUX, *Henri Poincaré*, dans *Revue de Paris*, 15 février 1913, p 681-703 et 1er mars 1913, p. 87, p 81. — Rappr. E. PICARD, *La science*, dans *La Revue du mois*, n° du 10 février 1908, 3e année, p. 129-148 ; notamment p. 140 « Un système de concepts, associé à des lois ou faits particuliers, et transformé par des déductions convenables de façon à faire rentrer, moyennant certaines hypothèses, ces lois ou faits dans des cadres plus généraux, constitue une théorie scientifique ». Voy , comme une sorte de dépassement logique des idées d'H. POINCARÉ, chez J. SAGERET, *La commodité scientifique et ses conséquences*, dans *Revue philosophique*, juillet 1906. t. LXII, p. 32-52. — *Adde :* J SAGERET, *Le fait scientifique*, dans *Revue philosophique*, juillet 1909, t. LXVIII, p. 49-62.

relation symbolique entre les phénomènes [1]. D'après ces vues, la science se réduirait, à peu près, à n'être, suivant le mot célèbre d'E. MACH, autre chose qu'une « économie de la pensée » [2]. — M. Éd LE ROY semble encore avoir dépassé ce point de vue, en reduisant, ou peu s'en faut, les procédés de l'élaboration scientifique à des artifices de langage, destinés seulement à permettre un maniement facile des concepts, qui constituent eux-mêmes une première dénaturation des réalités dans un but exclusivement pratique [3].

27. — Sans apprécier, au fond, et dans leur application aux sciences qui les ont provoqués, ces résultats méthodologiques [4], j'en retiendrai, du moins, comme fondée sur une observation avisée autant que sur une critique judicieuse, et comme applicable à toute élaboration de connaissance scientifique, l'idée que celle-ci, ayant pour but de pénétrer une réalité entière et vivante, ne saurait trouver un outillage pleinement adéquat à son objet dans les procédés artificiels, qui décharnent et dissèquent le réel pour le réduire à des schèmes conventionnels taillés à la mesure variable des esprits.

Est-ce à dire que l'on doive abandonner ces procédés ou les tenir en une suspicion, qui les rende véritablement impropres à la recherche? L'entreprise serait vaine autant

---

1. P. DUHEM, *La théorie physique. Son objet et sa structure*, Paris, 1906, *passim*, notamment p. 5-83, p. 233-293.

2. Voy. notamment : E. MACH, *La mecanique*. Exposé historique et critique de son développement, trad. E. BERTRAND, Paris, A. Hermann, 1904, chap. IV, § IV, *La science comme économie de la pensée*, p. 449-464.

3. Ed. LE ROY, *Science et philosophie*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1899, t. VII, p. 503-562; cpr. 1900, t. VIII, p. 37-53. *Adde* 1901, t. IX, p. 407-432.

4. Voy. un point de vue différent, mais très finement présenté, dans G. MILHAUD, *Le rationnel*, Paris, 1898, notamment : II. La science rationnelle, p. 41-74.

que désastreuse. Comment faire violence aux exigences de l'esprit, qui reste notre seul instrument pour scruter l'essence du monde? Nous ne pouvons rien contre les nécessités de notre nature, et le seul objectif raisonnable à poursuivre est d'en tirer le meilleur parti possible [1]. — Or, la prise de la réalité ne s'offre à nous que moyennant sa décomposition schématique et avec le secours des concepts, des mots et des formules, bref par la voie de procédés, insuffisants peut-être à une pleine pénétration des choses, mais que nous ne saurions pourtant sacrifier, pour nous en tenir *exclusivement* à une intuition, dont on ne nous a, jusqu'alors, ni découvert le mécanisme, ni fait voir, de façon tangible et convaincante, la mise en œuvre [2]. Est-il croyable, d'ailleurs, que nos moyens traditionnels de connaître n'atteignent aucune réalité objective, alors que, maniés par des esprits différents, ils les maintiennent d'accord et les conduisent aux mêmes résultats? Et, quand l'objectivité de la connaissance ainsi obtenue resterait problématique, qu'importe; si nous demeurons assurés de la commodité et de l'efficacité des moyens qui dirigent uniformément les esprits? — Aussi bien, la critique des sciences [3] ne justifie pas une autre conclusion. Professât-on ce qu'on a appelé le *nominalisme* (extrême) de M. Le Roy [4], il resterait encore que les combinaisons de mots et de formules, les « procédés discursifs », où se condense l'élaboration scientifique, réussissent à nous faire

---

1 Comp. A Gardeil, *La crédibilité et l'apologétique*, Paris, 1908, p. 269-271.

2. Voy. pourtant le dernier essai d'Ed Le Roy, *Une philosophie nouvelle. Henri Bergson*, Paris, 1912; notamment p. 151-166; cpr. p. 34-53. *Adde*. p. 99-108 et p. 189-200. — Voy. aussi G. Dwelshauvers, *La synthèse mentale*, 1908, p 37-51 et p 242-251. — Comp. J. Segond, *L'intuition bergsonienne*, 1913, notamment chap. III, p. 69-90.

3. Voy. ci-dessus, p. 82-83 (n° 26)

4. L'expression est de H. Poincaré, *La science et l'hypothèse*, 1902, p. 3, texte et note 1, p. 5; *La valeur de la science*, 1905, p. 9, p. 214, p. 215, p. 235, p 238-240, p. 243, p 257.

comprendre le monde et permettent d'en tirer parti. Mais, on ne saurait réduire le travail de l'esprit sur les choses à cette enveloppe superficielle, qui ne recouvrirait que le vide. Et déjà, M. P. Duhem nous avait fait pressentir un contenu substantiel sous l'apparence de ces *symboles*, dont se compose tout système scientifique[1] Abordant plus directement le problème, H. Poincare, après avoir montré l'expérience à la base de toutes les opérations constructives de la science, en détruisait par là même l'aspect arbitraire, et reconnaissait une véritable réalité dans *les rapports entre les choses*, qui, seuls objets possibles de connaissance, se représentent de même chez les divers êtres pensants[2]. — Bref, — et pour résumer en quelques mots tous ces développements, — les procédés traditionnels d'analyse de la réalité, si artificiels qu'ils puissent être, ne manquent pas d'une certaine objectivité; en tout cas, ils nous rassurent par leur succès; et, au surplus, nous ne saurions nous en passer sans devoir renoncer à toute connaissance[3].

28. — Finalement donc, — si nous voulons tenir compte, à la fois, de la critique négative, qu'apporte la « philosophie nouvelle », et des résultats positifs qu'elle confirme avec ses destructions partielles, — il convient, sans rien abandonner des démarches indispensables à la connaissance, de les rectifier en ce qu'elles renferment de fallacieux ou d'illusoire, et d'en combler les insuffisances par d'autres procédés, mieux adaptés au mouvement de la vie.

---

1. P. Duhem, *La théorie physique. Son objet, sa structure.* Paris, 1906, p. 269-293.

2. H. Poincaré, *La science et l'hypothèse*, Paris, 1902, notamment p. 3, p. 108-109, p. 165-166, p. 190; et surtout : *La valeur de la science*, Paris, 1905, troisième partie, p. 213-276.

3. Comp. Paul Geny, *La conception moderne de la science et sa portée apologétique*, dans *Revue théologique française*, Laval et Paris, 1906, t. XI, p. 361-376.

Nous ne ferons donc fi, ni des efforts de la pensée pour pénétrer les choses, ni des variations du « discours », pour en dessiner les contours. Mais nous saurons reconnaître que les aspects fragmentaires de la réalité ainsi obtenus ne correspondent pas à son unité vivante. Dès lors, nous nous efforcerons de contrôler et renforcer le travail de l'intelligence par cette sympathie profonde qu'engendre une familiarité affective avec les choses étudiées. — Nous compléterons le concept par l'intuition, en tâchant à pénétrer l'écorce temporelle et spatiale des phénomènes, pour saisir le réel dans sa continuité indestructible. Et, comme nous ne saurions nous flatter de réussir, d'un coup, cette procédure délicate, nous devrons la placer à deux moments distincts : avant la décomposition schématique, pour en diriger la conduite, et, à la suite de cette opération, afin d'en concentrer les résultats sous un point de vue unitaire. Mieux encore, nous viserons à combiner constamment l'intuition avec l'analyse, la première devant, pas à pas, redresser et affiner la seconde. — Nous ne nierons pas la vérité en elle-même, discernée par la conformité du jugement à la chose jugée (*adæquatio rei et intellectus*) et suivant l'évidence, tout en accordant que le critérium du succès, manifesté lui-même par une autre sorte d'évidence, peut suppléer parfois aux difficultés de sa découverte [1]. — Nous tiendrons compte des besoins de fixité, de précision,

1. Comp. la notion de l'intelligibilité des rapports entre les choses et la distinction de deux intelligibilités, l'une abstraite et analytique, l'autre synthétique et concrète, d'après E. Boutroux (*Le problème religieux*), dans *Revue bleue*, n° du 16 janvier 1909, p. 66 : « Tandis que la logique abstraite cherche, sous les êtres, des concepts, et, sous la diversité des concepts, des rapports d'identité ou d'exclusion, la raison proprement dite, des mots et des concepts, remonte aux êtres qu'ils représentent, et découvre des liens de convenance et de solidarité entre telles formes d'existence, qui, à en juger par nos représentations inadéquates, sembleraient étrangères les unes aux autres, ou même réciproquement inconciliables ». — Voy. encore : E. Boutroux, *Morale et religion*, § I, dans *Revue des deux mondes*, n° du 1er septembre 1910, Cinquième période, t. LIX, p. 8-19.

de catégorisation, qui restent inhérents à la connaissance humaine, sans oublier que celle-ci s'achève par la vie même et dans l'action. — Et, conscients des difficultés extrêmes, qu'offre à notre nature le déchiffrement de l'énigme du monde, nous veillerons à ne pas mutiler nos facultés d'investigation, mais, au contraire, à les accroître et fortifier, en ouvrant grand notre horizon, en usant largement de tous les secours [1].

Encore faudra-t-il — et ce serait peut-être le plus clair profit à tirer de la « philosophie nouvelle » — toujours distinguer, dans nos procédés de travail, ce qu'ils empruntent à la réalité, par suite, ce qu'ils contiennent de véritablement naturel, et ce qu'ils ajoutent à la nature par voie de symboles ou d'artifices, puisque le premier élément s'impose à nos recherches, tandis que de l'autre nous restons maîtres en une large mesure. Et cette séparation capitale pourra sans doute nous suggérer une autre distinction, apte à permettre, en les rendant *praticables*, la mise en œuvre des résultats théoriques qui viennent d'être dégagés [2].

III

29. — La même conclusion va, je pense, se fortifier encore et peut-être se préciser, à la considération d'un autre mouvement philosophique, profondément différent du précédent, mais également en voie de développement, et dont je voudrais rechercher aussi, dans un rapide aperçu, le profit qu'il est possible d'en faire pour aider à diriger nos investigations.

---

1. Comp J. de Tonquédec, *La notion de vérité dans la philosophie nouvelle*, dans *Études*, nos des 20 mars, 20 mai, 5 juillet et 6 août 1907; t. CX, p 721-748; t CXI, p 433-453; t. CXII, p 68-82 et p 335-361. — Voy aussi : A. Chiappelli, *Naturalisme, humanisme et philosophie des valeurs*, dans *Revue philosophique*, 1909-1°, t LXVII, p 225-255

2. Voy ci-après nos **32-34**, p 95-100.

J'entends viser ici la doctrine de l'École de sociologie scientifique, largement préparée, sous la première inspiration d'A. COMTE [1], par les travaux d'Herbert SPENCER [2], mais élaborée à nouveau et comme refondue par M. E. DURKHEIM [3] et ses disciples [4], et qui, sur le terrain pratique, semble aboutir à un renversement fondamental des bases traditionnelles de la morale. Ce renversement s'est traduit sous une forme particulièrement nette dans la *Science des mœurs* de M. L. LÉVY-BRUHL [5], pour arriver à son paroxysme aigu avec la *Morale scientifique* de M Albert BAYET [6], tandis qu'il apparaissait, édulcoré et

1. A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, Paris, 1839-1842. — *Discours sur l'esprit positif*, 1844. — *Ordre et progrès*, 1848, — *Catéchisme positiviste*, 1852 — *Système de politique positive ou Traité de sociologie*, 1852-1854. — *Synthèse subjective*, 1856. — *Adde* : *Principes de philosophie positive*, avec préface d'E. LITTRÉ, Paris, 1868.

2 Voy. notamment : H SPENCER, *Les premiers principes*, trad. E. CAZELLES, 1871. — *Introduction à la science sociale*, 1874. — *Principes de sociologie*, trad. E. CAZELLES, 1878-1887. — *La morale des différents peuples, et la morale personnelle*, trad. E. CASTELOT et E MARTIN-SAINT-LÉON, 1893. — *Problèmes de morale et de sociologie*, trad. et avant-propos d'H. DE VARIGNY, 1894. — *Le rôle moral de la bienfaisance*, trad E CASTELOT et E. MARTIN-SAINT-LÉON, 1894 — *Justice*, trad. E. CASTELOT, 1893 — *Les institutions professionnelles et industrielles* (fin des *Principes de sociologie*), trad. H. DE VARIGNY, 1898. — *Faits et commentaires*, trad. DIETRICH, 1903 — *Les premiers principes*, trad M. GUYMIOT, sur la 6e éd. anglaise, 1902. — *Qu'est-ce que la morale?* trad. DESCLOS-AURICOSTE, 1909

3 E DURKHEIM. *La division du travail social*, Paris, 1893. — *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, 1895. — *Le suicide. Étude de sociologie*, Paris, 1897 — *Détermination du fait moral*, dans *Bulletin de la Société française de philosophie* (séances des 11 février et 22 mars), 1906, p. 113-139, et p 169-212 — *Sociologie et sciences sociales*, dans : *De la méthode dans les sciences*, Paris, 1909, p 259-285. — *Les formes élémentaires de la vie religieuse, le système totémique en Australie*, Paris, 1912.

4. Voir notamment l'*Année sociologique*, depuis sa fondation, 1896-1897

5. L. LÉVY-BRUHL, *La morale et la science des mœurs*, Paris, 1903 ; 3e éd., avec préface nouvelle, 1907. — *Morale*, dans *De la méthode dans les sciences*, 1909, p 287-318.

6. A. BAYET, *La morale scientifique Essai sur les applications morales des sciences sociologiques*. Paris, 1904 ; 2e éd , 1907 — *L'idée*

altéré par le mélange d'éléments hétérogènes, sinon dissolvants, en des courants, dérivés de la même source, mais distincts, tels que l'*Expérience morale* de F. Rauh[1] et la *Morale positive* de M. G. Belot[2].

Puisque — comme il a été montré plus haut[3] — le droit n'est autre chose qu'une branche de la morale, envisagée sous l'aspect social, on ne saurait, *a priori*, trouver étonnant que son élaboration profonde dût acquérir quelque perfectionnement des progrès réalisés dans le domaine de la morale générale. — Mais, plus encore ici que tout à l'heure (ci-dessus, nos **25-28**, p. 75-87), il importe, pour éviter toute équivoque, de distinguer et de spécifier ce qui paraît pouvoir être retenu des directions ouvertes par l'École sociologique; d'autant que, dans ma pensée du moins, il ne peut s'agir d'adhérer à la conception fondamentale qu'elle affirme, mais simplement d'accepter, comme susceptibles d'un développement fécond, quelques points de vue, que ses travaux ont mis en vive lumière, bien que ceux qui les ont proposés ne semblent pas toujours leur avoir attaché l'importance décisive, que je voudrais, quant à moi, leur reconnaître.

30. — La pensée capitale, qui est à la base des systèmes de l'École sociologique, — s'appuyant au postulat d'un agnosticisme positiviste et déterministe, — tend à établir la

---

de bien Essai sur le principe de l'art moral rationnel, Paris, 1908 — *Les idées mortes*, Paris, 1908 — *Le mirage de la vertu*, Paris, 1912.

1 F. Rauh, *L'expérience morale*, Paris, 1903; 2e éd avec préface, 1909. — *La morale comme technique indépendante*, dans *Bulletin de la Société française de philosophie* (discussion du 29 octobre 1903), 1904, t IV, p. 1-21. — *Adde : Essai sur le fondement métaphysique de la morale*, 1890. — *Études de morale*, 1911.

2 G. Belot, *Études de morale positive*, Paris, 1907 — *Adde : La morale positive*. Examen de quelques difficultés, dans *Bulletin de la Société française de philosophie* (séance du 26 mars), 1908, p 161-211; cpr., p 211-216.

3 Voy. ci-dessus, n° **16**, p 47-52; cpr., p. 46 (n° **15**), p 69 texte et note 3 (n° **22**)

morale en dehors de tous principes métaphysiques et à constituer une éthique complète, en tous cas suffisante aux besoins de l'humanité, sans recourir aux idées d'origine ou de finalité supérieures, à l'aide des seuls faits de la vie sociale, saisissables à la pure observation.

Cette manière de voir suppose une « nature morale » identique, en sa substance propre, à la « nature physique », et qui, comme celle-ci, puisse rester l'objet d'une connaissance, qu'on ne tient pour légitime que si elle procède par des moyens strictement scientifiques. Ce qui conduit logiquement à supprimer, en tant que science, toute morale catégoriquement normative (ou théorique), et à n'admettre comme possible, en fait de morale pratique, qu'un empirisme positif, borné à des préceptes particuliers et contingents [1]. — Il est vrai que les représentants les plus autorisés de cette doctrine prétendent plutôt écarter de leur chemin, que condamner positivement, les problèmes supérieurs de la destinée de l'homme, du souverain bien, du devoir catégorique, etc., qu'ils abandonnent, sous le nom de « métamorale », et à titre de questions ouvertes, aux spéculations des métaphysiciens [2]. — Toutefois, il n'y a guère là plus qu'une concession sans conséquence aux préjugés traditionnels, puisque ceux qui la font affirment en même temps, avec décision, pouvoir se passer de toute donnée métaphysique, pour envisager, dans son plein effet et avec toute sa portée, la « nature morale », et qu'ils laissent nettement entendre, qu'une fois constituée la « Science des mœurs », ces problèmes transcendants apparaîtront comme inutiles, voire même impossibles, à poser [3]. — De sorte que, finalement et en

1. Voy. notamment : L. Lévy-Bruhl, *La morale et la science des mœurs*, 3e éd., Paris, 1907, *passim*, notamment chap. I-II, p. 1-65, chap. V, p. 129-159, chap. IX, p 255-293.

2. L. Lévy-Bruhl, *La morale et la science des mœurs*, 3e éd., Paris, 1907. Préface, p. XIII-XIV.

3. L. Lévy-Bruhl, *La morale et la science des mœurs*, 3e éd., Paris, 1907. Préface, p. XIV-XVI.

dépit de toutes les restrictions apparentes, un domaine exclusif est revendiqué au profit de l'observation sociale, pour remplir le contenu intégral de la morale scientifique [1].

Or, pareille conception m'apparaît, dans son exclusivisme exaspéré, décidément et radicalement inacceptable [2]. — En effet, tandis que la « nature physique », qui, en soi, n'est ni bonne ni mauvaise, se révèle à la seule observation, de façon très suffisante pour les besoins dont elle est partie intégrante, la « nature morale », comme on l'appelle, visant à assujettir la conduite de l'homme à des règles, qui en contraignent la liberté et souvent en contrarient l'instinct, implique la nécessité d'un idéal supérieur à la matière observable, postule des jugements de valeur étrangers à la simple constatation des faits et suppose une finalité que la science positive est impuissante à suggérer [3]. — Aussi bien, les partisans de la morale sociologique sont-ils obligés d'admettre, à la base de leurs recherches, certaines fins « tellement naturelles et instinctives que sans elles il ne pourrait être question ni d'une réalité morale, ni d'une science de cette réalité, ni d'appli-

---

1. Comp. Michelet, *La crise actuelle de la morale*, dans *Revue pratique d'apologetique*, n° du 1er mai 1906.

2. Comp. G. Cantecor, *La science positive de la morale*, dans *Revue philosophique*, 1904-1°, t. LVII, p. 225-241 et p. 368-392.

3. C'est ce qu'a bien senti M. G. Belot. Il insiste sur l'idée que l'homme étant, à la fois, la matière, l'agent et le but de la morale, la « nature sociale », qui est à la base de celle-ci, ne peut être analysée d'une façon désintéressée, sans tenir compte de l'action même, qui influe nécessairement sur elle et doit la transformer dans le sens d'une certaine finalité. Voy. *Études de morale positive*, 1907, p. 112-147. — Mais les moyens de préciser cette finalité, en dehors de tout principe métaphysique, que propose M. G. Belot (*op. cit.*, p. 147-189; cpr. p. 482-523), paraissent décidément trop vagues, trop subtils, trop manifestement inconsistants, pour combler la lacune, qu'il a si nettement dévoilée dans le système de la morale scientifique. — Comp. G. Cantecor, *Études critiques* (sur G. Belot) dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1908, t. XVI, p. 66-92.

cations de cette science »[1]. — Mais il est aisé de reconnaître que semblable aveu ruine, d'un coup, tout l'artifice des négations antérieures. Du moment que, sur un point aussi capital, la porte reste entr'ouverte aux exigences métaphysiques, c'est assez pour nous donner le droit d'affirmer que l'observation toute nue demeure impuissante à fournir les règles qui fixent la direction de la conduite morale, et que, par suite, quelle que puisse être la fécondité des procédés de l'investigation purement « scientifique » (*hoc sensu*), on ne saurait, sans puiser en une source supérieure de conviction, prétendre soit à apprécier les résultats des faits observables, soit à diriger, en conséquence, les efforts de l'humanité vers sa fin[2].

Telle est la réserve, absolument essentielle, que je tenais à affirmer, dès l'abord, au regard des nouvelles doctrines relatives à la morale, et qui ne va pas sans rejaillir sur les fondements mêmes de l'élaboration du droit positif, ainsi qu'on le verra plus loin (Seconde partie: chapitre huitième)

31. — Sous le bénéfice de cette importante explication, qui, je le sens, me sépare profondément de l'École sociologique, parce qu'elle en contredit les visées principales, je n'aperçois pas pourquoi je refuserais de reconnaître d'autres apports, à mon sens, très précieux, qu'il est possible de retenir du même mouvement d'idées, et qui, aisément séparables du postulat téméraire rejeté plus haut (n° **30**, p. 91-92), contribueront, sans objection sérieuse, à

---

1. L. Lévy-Bruhl, *La morale et la science des mœurs*, 3e éd., Paris, 1907, Préface, p. xv.

2. Comp. Cl. Piat, *Insuffisance des morales positives*, dans *Le Correspondant*, n° du 10 septembre 1908 (80e année), p. 881-905. — M. S. Gillet, *Le sens commun et la métamorale*, dans *Revue des sciences philosophiques et théologiques* (Kain), 1910, IVe année, p. 5-38

assurer la direction de nos recherches méthodologiques dans une voie féconde.

De fait, si j'ai nié que l'observation pure et l'usage des procédés de la recherche positive pussent, *à eux seuls*, permettre de scruter, à fond et de façon à la mettre en pleine lumière, la « nature morale », je n'ai pas entendu contester et je veux affirmer, au contraire, que celle-ci reste largement matière d'observation profitable [1]. — J'irai plus loin et je confesserai volontiers, suivant l'esprit des nouveaux moralistes, qu'une investigation strictement scientifique de la « nature morale » est susceptible de procurer les résultats les plus objectifs, ceux, du moins, sur lesquels, en raison de leur origine positive, l'accord des esprits se fera le plus aisément et le plus sûrement. J'ajouterai même, *qu'une fois acquis*, ces résultats devront être acceptés, sans rechercher s'ils s'accordent ou non à nos idées préconçues ou à nos pratiques traditionnelles. — J'apprécierai donc tout effort sincère et sérieux fait en vue de « désubjectiver » la morale et le droit, comme devant, dans la mesure du succès possible, leur assurer les bases les plus fermes. Et, je m'associerai volontiers au désir, sinon à l'espoir, que, suivant l'exemple des sciences de la nature physique, les sciences morales se développent de plus en plus dans le sens d'une positivité incontestable.

Mais, surtout, je voudrais conserver, pour l'appliquer à l'élaboration du droit, une distinction, de tendance méthodologique, qui a été particulièrement développée par M. L. Lévy-Bruhl, opposant à la science des mœurs l'art moral rationnel [2]. — D'une part, en effet, il y a lieu

---

1. Comp. S. Depoige, *Le conflit de la morale et de la sociologie*, Louvain, 1911, notamment chap. VII-VIII, p. 272-392

2. L. Lévy-Bruhl, *La morale et la science des mœurs*, 3e éd., Paris, 1907, *passim*, notamment préface, p. XII, p. XXVIII-XXX, chap. IX, §§ I-III, p. 255-285. — Voy aussi très décidément : G. Belot, *Études de morale*

de scruter, en elle-même, la réalité morale, pour en dégager les lois abstraites; et, soit que l'on admette que cette investigation puisse se faire au moyen de procédés exclusivement scientifiques, soit que l'on croie devoir compléter ceux-ci par des modes de conviction plus profonds mais moins précis[1], il s'agira toujours d'une spéculation, de nature théorique, et tendant à constater ce qu'est, à l'état statique ou à l'état dynamique, la « nature morale » (ou « sociale »), telle qu'elle nous est donnée. Tel est le rôle, tel le but propre, de la science des mœurs. D'autre part, cette recherche théorique une fois faite, il est nécessaire d'en adapter les résultats à la vie concrète, d'en déduire les règles effectivement propres à diriger la conduite de l'humanité dans le sens postulé par les lois de la « nature morale » (ou « sociale »). Or, il est bien clair que ce second travail se présente fort différent du premier, qu'il est œuvre de doigté, de tact, de savoir-faire, bien plus que d'entendement et de pénétration. Bref, c'est un art plutôt qu'une science; on l'a nommé l'art moral rationnel. — Et, pour assurer l'efficacité de ces deux procédures distinctes, il importe de n'en pas confondre les moyens [2].

---

positive, Paris, 1907, p. 53-72, p. 112-147. — *Adde :* A. Bayet, *La morale scientifique*, 2e éd., Paris, 1907, *passim*. — *L'idée de bien. Essai sur le principe de l'art moral rationnel*, Paris, 1908. — Et, pour un commencement de précision de l'idée : J. Devolvé, *L'organisation de la conscience morale. Esquisse d'un art moral positif*, Paris 1906; puis : *Examen critique des conditions d'efficacité d'une doctrine morale éducative*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1908, t. XVI, p. 372-402, p. 515-545; et 1909, t. XVII, p. 136-160, p. 276-308, p. 448-459 (travail refondu sous le titre : *Rationalisme et tradition*, 1911). — *L'efficacité des doctrines morales*, dans *Bulletin de la Société française de philosophie* (séance du 20 mai), 1909, p. 194-234.

1. Voy. ci-après, chapitres quatrième et cinquième, *passim*, et plus précisément, n° **69** (seconde partie), avec les références.

2. Comp. S. Deploige, *Le conflit de la morale et de la sociologie*, Louvain, 1911, chap. III, p. 94-121 et, dans chap. VII, le n° 2, p. 282-290.

IV

32. — Ainsi, ce recours à l'acquis des morales sociologiques (n° **31**, *in fine*, p. 87), aussi bien que l'emprunt, qui nous a paru possible, aux conclusions de la « philosophie nouvelle » (n° **28**, *in fine*, p. 93-94), nous ramènent, de concert, à préciser, dans l'ensemble du domaine de l'investigation du droit positif, une séparation de points de vue, que je tiens pour essentielle, si l'on veut assurer une élaboration juridique vraiment progressive, et dont je compte faire, pour ma part, la base fondamentale de l'étude que je poursuis ici.

Du point de départ que nous nous sommes fixé (voy. ci-dessus, n° **12**, p. 39-41), si l'on veut embrasser, en son tout, le large domaine qui s'offre à notre recherche (voy. ci-dessus, n^os^ **16-17**, p. 47-55, et n^os^ **21-24**, p. 66-72), il apparaît que, s'agissant de déterminer et de réaliser les règles de conduite extérieure qui s'imposent à l'homme dans la sphère sociale, deux objets différents sollicitent nos efforts en un double sens. — Avant tout, il faut *savoir*, en interprétant tous les éléments objectifs que nous présente le monde social, et, au besoin, en faisant appel aux puissances intimes, qui complètent les constatations de l'expérience et les suggestions de l'entendement, (*intuition*, *croyance*), quelles sont les règles à poser, tant au vu de la fin à poursuivre que d'après l'efficacité des moyens aptes à y répondre. — Cela fait, il s'agira, pour mettre ces règles en circulation dans la pratique, et les faire en quelque sorte passer de la puissance à l'acte, de *pouvoir* les ajuster à la vie, les adapter à ses exigences concrètes, à sa molle structure, à sa fluidité incessante, en dégageant et ramenant à effet les procédés d'application du droit[1]. — Et, de ces deux objets distincts,

1. Sur le double aspect de la science sociale, comme science proprement

on aperçoit sans peine que le premier sera, *principalement*, œuvre de *connaissance*, le second, *principalement* aussi, œuvre d'*action*.

Toutefois, je ne crois pas que la distinction de la connaissance et de l'action exprime, d'une façon adéquate et pleine, la différence substantielle des deux sortes d'élaboration en présence, non seulement parce que cette distinction ne traduit elle-même qu'une diversité de tendances dans l'exercice des facultés humaines, l'action et la connaissance restant indissolublement pénétrées l'une de l'autre [1], mais plutôt encore, en ce que, sans intervention de l'action, la connaissance reste incapable de dégager les lois naturelles de l'ordre juridique, et, qu'en sens inverse, la connaissance doit incessamment soutenir l'action dans l'effort nécessaire à la réalisation des règles juridiques une fois reconnues.

33. — Si donc, nous voulons descendre plus au fond de la séparation de points de vue signalée, il convient, ce semble, de considérer moins l'exercice des facultés à mettre en jeu pour arriver au but que la matière même ou le résultat de leur effort [2].

Sous ce rapport, nous observons que l'activité du jurisconsulte (au sens le plus élevé du mot) oscille entre deux

---

dite et comme direction pour la vie pratique, voy. : G. JELLINEK, *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 2e éd., Berlin, 1908, Einleitung (*Die Sozialwissenschaft*), *in fine*, p 13-15 ; la pratique, étant dirigée par le but, tend à savoir à quoi bon (*Wozu*), tandis que la science théorique cherche l'être et l'origine, mais pour guider la pratique. — *Adde*, comme se rapportant plus spécialement au droit et y reconnaissant notre distinction : E ZITELMANN. *Die Kunst der Gesetzgebung*, Dresde, 1904, p 3. — E. HUBER, *Bewahrte Lehre. Eine Betrachtung uber die Wissenschaft als Rechtsquelle*, Berne, 1910, p. 3-8.

1 C'est un des résultats de la « philosophie nouvelle », sur laquelle voy. ce qui a été dit ci-dessus, nos **25-28**, p. 75-87

2. Les développements, qui suivent, se rencontrent déjà dans ma leçon sur : *les procédés d'élaboration du droit civil*, publiée dans *Les méthodes juridiques*, Paris, 1911, p. 181-183.

pôles distincts, que je proposerai de dénommer le *donné* et le *construit*. — Tantôt, il s'agit de constater purement et simplement ce que révèle la « nature sociale », interprétée d'après elle-même ou suivant les inspirations d'un idéal supérieur, pour aboutir à des règles d'action, dont le fondement sera d'autant plus solide qu'elles contiendront moins d'artificiel ou d'arbitraire. Et, c'est ce que j'appelle le *donné*, qui doit formuler la règle de droit, telle qu'elle ressort de la nature des choses et, autant que possible, à l'état brut — Tantôt le travail à réaliser, partant des données naturelles acquises, tendra à les mettre en œuvre, les transformer ou les assouplir, de façon à les modeler sur les besoins mêmes de l'ordre juridique, pour lequel elles sont destinées. Et le résultat de l'effort, ainsi poursuivi, issu de l'artifice, s'exerçant sur la nature par des procédés propres, puisés dans les puissances personnelles de l'homme, peut, ce semble, être qualifié le *construit* puisque, au moyen d'un travail tout subjectif, il tend à ériger la règle brute en précepte capable de s'insérer dans la vie et d'animer celle-ci, en vue des fins suprêmes du droit [1]. — Il va de soi, d'ailleurs, que *donné* et *construit* se mélangent et s'entre-croisent pour fournir à la vie juridique toutes les directions nécessaires. Et, il n'est pas à méconnaître que le *construit*, œuvre de volonté artificielle, sinon arbitraire, arrive peu à peu à augmenter la somme du *donné* [2].

---

1 Comp. la distinction du *donné* et du *construit* (à laquelle correspond, en quelque mesure, celle du *fait brut* et du *fait scientifique*), d'après la « philosophie nouvelle », par exemple, suivant : Ed Le Roy, *Une philosophie nouvelle. Henri Bergson*, Paris, 1912, p. 13, p. 24, p 139-140

2 Comp. Ed. Le Roy, *Une philosophie nouvelle Henri Bergson*, Paris, 1912, p. 24, p 140. — Aussi, faut-il tenir grand compte des observations présentées par M G Belot, et suivant lesquelles l'homme lui-même agit sur la réalité sociale. Comp ci-dessus, p 91, note 3 (n° **30**). Et voy surtout G. Belot, *Études de morale positive*, 1907, p. 144-145. Ces observations se peuvent aisément transporter de la morale au droit positif. Dans celui-ci, toutefois, le caractère spécifique

Leur distinction n'en subsiste pas moins, comme marquant deux domaines de l'élaboration juridique, qui, différents par leur contenu, doivent comporter des procédés de méthode nettement distincts, et que, par suite, il convient de séparer, si l'on veut donner à l'activité des jurisconsultes toute l'efficacité dont elle est susceptible [1].

34. — Que si nous cherchons maintenant à transposer cette distinction en termes, qui traduisent la différence de ses objets dans la diversité des modes d'élaboration qu'ils comportent, suivant la visée capitale du présent travail, je proposerais, à titre d'approximation à peu près suffisante à notre but, de séparer, dans le droit positif, considéré comme formant la matière des efforts du jurisconsulte, la *science* et la *technique*.

Ce n'est pas que ces deux expressions connotent, d'une façon tout à fait exacte, le contenu propre de chacune des activités, qu'elles doivent désigner. — Et, la première notamment, si on la voulait entendre au sens étroit qu'on lui assigne de plus en plus, n'exprimerait pas toute la signification, que je veux lui donner, alors que je réserve formellement la question de savoir si le *donné* de l'ordre juridique n'exige pas, pour être pleinement pénétré, d'autres modes que ceux de la connaissance strictement scientifique [2]. Sous cette réserve, il me semble que l'expression « science », opposée à celle de « technique », fait bien ressortir, qu'il est possible de concevoir une éla-

---

de l'élaboration technique permet de maintenir plus nettement circonscrits les deux domaines du *donné* et du *construit* (voy ci-après, la quatrième partie du présent travail).

1 Rappr. M Hauriou, *Les éléments du contentieux* (extrait du *Recueil de législation de Toulouse*), Toulouse, 1905, p 10-12. — Voy. aussi, en faveur de ces idées, déjà présentées par moi, en 1910, au Collège libre des sciences sociales · H Capitant (sur Demogue), dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, t. X, p. 734-738, notamment p 734, texte et note 2

2 Voy notamment ci-après, n° **69** (Seconde partie)

boration des choses du droit, s'exerçant sans artifices, tendant essentiellement à constater les données de la nature et des faits. — Et si, d'autre part, en parlant de « technique » du droit, nous semblons introduire ici une notion de métier, voire de mécanisme appliqué, je n'aperçois pas, pourtant, — mise à l'écart, de propos délibéré, la qualification d' « art », plus équivoque encore et moins significative, — de terme capable de mieux désigner l'effort spécial, et, en quelque sorte, professionnel, qu'il s'agit par là de spécifier [1], et qui prend, dans l'ordre juridique, un relief saisissant autant qu'une importance considérable [2 3].

---

1. Voy. d'ailleurs : E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, v° *Technique*, t. II, 1872, p. 2159, col. 1, d'où il résulte que le sens du mot n'est pas encore bien fixé. Cpr. E. Littré, *Dictionnaire*, v° *Art*, t. I, 1863, p. 205, col. 4.

2. Cette distinction se rencontre (avec une portée différente) chez certains jurisconsultes allemands. Voy. notamment : R. Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Berlin, 1902, *passim*, et surtout p. 3-5, p. 13. — *Systematische Rechtswissenschaft* (dans la collection de P. Hinneberg, *Die Kultur der Gegenwart*, Theil II. Abtheilung III). *Wesen des Rechts und der Rechtswissenschaft*, p. 497-499 — *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911, p. 559-563. — J. Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. I, Berlin, 1904-1906, §§ 42-43, p. 135-145. — Cpr. H. Krabbe, *Die Lehre der Rechtssouveranität*, Groningue, 1906, p. 160 et p. 172-173 et A. Rava, *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911, *passim* (ces deux derniers auteurs séparent dans le droit le côté éthique et le côté technique). — On observera que la distinction de « science » et de « technique », que je tiens pour capitale, ne coïncide pas exactement, bien qu'elle lui emprunte certains éléments, avec celle de « science » et d' « art », signalée ci-dessus (n° 23, p. 70-71), sur laquelle voy. encore : R. Worms, *Philosophie des sciences sociales*, t. I, Paris, 1903, chap. IX, p. 157-174 et t. III, Paris, 1907, chap. XI, § II, p. 188-191. — Tout ceci s'éclaircira par les développements contenus dans mes seconde, troisième et quatrième parties.

3. On a récemment distingué, d'une façon analogue, les *bases du droit* et sa *technique*. R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, *passim*, notamment p. 50-62 — Certains ont prétendu compléter encore la distinction par un troisième terme : *l'action*, qui consisterait, ce semble, dans l'application concrète du droit Voy. M. Desserteaux (à propos de l'ouvrage précité de R. Demogue), dans

Je conserverai, donc, dans la suite de mon ouvrage, et sous le bénéfice des explications qui précèdent, cette distinction fondamentale de la « science » et de la « technique », en vue de caractériser les deux grandes directions à reconnaître au travail des jurisconsultes.

Mais, avant de les reprendre, pour les approfondir quelque peu l'une après l'autre, je dois encore, dans les deux chapitres qui suivent, et afin de compléter cette étude préparatoire (première partie du présent travail), envisager deux points, qui, sous leur forme générale, restent communs à ces pôles divergents de l'élaboration juridique.

Annales de droit commercial, 1911, t XXV, p. 107-124, notamment p. 109, texte et note 1. Je n'aperçois pas, pour ma part, l'utilité méthodologique de ce troisième terme. Et je doute qu'il réponde bien à la pensée de M. R. Demogue. Je dois ajouter, toutefois, qu'on en trouve comme le pendant dans la pratique du droit (*die Praxis des Rechtes*) de R Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911, p. 653-750.

CHAPITRE QUATRIÈME

DU RÔLE DES ÉLÉMENTS INTELLECTUELS EN TOUTE ÉLABORATION DE DROIT POSITIF

(Essai d'épistémologie juridique)

Sommaire : **35**. Objet et caractère général de l'étude à faire ici. — **36**. Place trop restreinte qu'occupe ce sujet dans les préoccupations des jurisconsultes — **37**. Idées directrices et plan des développements de ce chapitre

I — **38** Part importante de l'entendement dans l'élaboration juridique moderne. — **39** Progression normale des opérations intellectuelles en la matière. — **40**. *Summum* du développement la construction juridique — Résumé et formule générale — **41**. Application de ce *processus* à l'élaboration du droit de succession.

II. — **42** Généralité de cette procédure en toutes disciplines Ses particularités en droit — **43** Limitation du problème qu'elle soulève. Valeur absolue de la logique formelle. — **44** Valeur des procédés purement intellectuels. Position du problème.

III. — **45**. Critique de l'abstraction et de la généralisation. Conclusions à en tirer. — **46** Critique des autres procédés intellectuels de la connaissance Résumé — **47** Application de ces critiques à l'élaboration du droit positif — **48**. Observations complémentaires sur : 1° la distinction des réalités et des concepts; 2° l'intuition.

IV. — **49** Examen spécial de quelques instruments de la pensée juridique. — **50**. Le concept. Conditions et limites de son efficacité en droit positif. — **51**. Le mot et la formule Légitimité et fécondité de leur emploi en droit. — **52**. Les définitions, les divisions et classifications juridiques — **53**. Les raisonnements juridiques. — **54** Rôle capital de l'analogie. — Constructions, hypothèses, théories juridiques.

V — **55**. La vérité juridique — **56** Direction de l'intellect par la volonté. — Résumé sur le rôle des opérations intellectuelles dans l'élaboration du droit.

35. — Soit qu'il constate le *donné* de la vie sociale, pour en dégager les directions générales de la conduite

humaine, soit qu'il s'applique à *construire* un système de règles sur les bases ainsi découvertes, en d'autres termes, qu'il fasse *œuvre de science* ou *œuvre de technique*, le jurisconsulte, élaborant le droit positif dans toute l'ampleur de sa mission, doit, nécessairement et principalement même, mettre en œuvre ses facultés intellectuelles, en les appliquant aux choses du dehors, de façon à pénétrer le mystère de celles-ci en vue du but qui s'impose à son action. Il en est, à cet égard, du droit, comme de toute discipline tendant à diriger l'activité des hommes. Il ne peut réaliser son objet propre, il n'influence efficacement les volontés, qu'à condition de devenir intelligible et dans la mesure de cette intelligibilité [1]. Et, c'est aussi bien la raison, pour laquelle on ne conçoit de droit véritable (comme on ne conçoit de morale ou de mœurs) qu'entre êtres intelligents.

Assurément, nous pouvons, dès maintenant, prévoir que le rôle des éléments intellectuels ne saurait être identiquement le même dans la *science* et dans la *technique* du droit positif. La suite de cette étude devra signaler les particularités de l'un et de l'autre point de vue sous ce rapport [2]. *A priori*, et puisque la technique représente le côté artificiel de l'élaboration juridique, il apparaît vraisemblable que l'usage des procédés, qui sont l'œuvre propre de l'esprit, y revêtira un caractère, quelque peu arbitraire et empirique, aboutissant à déformer leur aspect naturel et rigoureusement logique, qui se conservera mieux dans la science, dont l'effort tend à faire sortir les règles du droit de la nature des choses, prise, en quelque sorte, à l'état brut et dans toute sa complexité originaire. Encore a-t-on pu remarquer que les réalités de la vie

1. Comp. G. TARDE, *Les transformations du droit*, Paris, 1893, p 154.

2. Voy. notamment ci-après, mes seconde, troisième et quatrième parties.

sociale ne deviennent « réalités juridiques », que grâce aux concepts et aux constructions d'esprit indispensables pour leur donner l'estampille nécessaire [1].

Mais, sous le bénéfice de ces réserves — formulées, d'ailleurs, au simple titre d'hypothèses, qui devront être éprouvées et justifiées par la suite, — il est, tout d'abord, essentiel d'envisager le mécanisme et le fonctionnement des procédés intellectuels d'investigation, dans toute élaboration du droit positif, en général, et sous quelque forme qu'elle se présente, en mettant seulement au premier plan l'élaboration scientifique, parce qu'elle représente la forme originaire et fondamentale de la recherche.

C'est donc une sorte de *théorie de la connaissance* appliquée aux choses du droit, ou, plutôt même, si l'expression ne semble pas trop ambitieuse, une façon d'*épistémologie juridique*, qu'il s'agirait d'esquisser à cette place, dans ses traits les plus généraux; non seulement en vue de diriger la pensée du jurisconsulte, mais afin d'inspirer son action elle-même, en tant que celle-ci intervient pour compléter les efforts de la première, en s'y appuyant et mettant en œuvre les moyens spécifiques de la connaissance proprement dite.

36. — Ainsi comprise, la tâche, que je voudrais entreprendre dans ce chapitre, et qui trouverait plus d'un modèle dans les récents travaux de la critique philosophique des sciences mathématiques ou physiques [2], voire même dans certaines polémiques agitées entre théologiens [3], ne semble pas avoir, jusqu'alors, attiré, ni même

---

1. Voy. R. Saleilles, *De la personnalité juridique*, Paris, 1910, vingt-quatrième leçon, *passim*, notamment p. 603-606, p. 609, p. 613-614, p. 616-617, p. 622-624.

2. Voy. les ouvrages cités ci-dessus, p. 5-6 (n° 2) et p. 82-83 (n° 26).

3. Voy., par exemple, la discussion entre M. J. Lebreton et M. H Bremond, avec intervention, de M. E Dimnet d'une part, de M. J. Lebreton et de M. G. Tyrrell d'autre part, dans *Revue pratique*

retenu, autant qu'elle le mérite, l'attention des jurisconsultes.

Certes, son importance n'avait pas échappé à la profonde perspicacité de R von JHERING, qui a abordé la question, par ses côtés les plus prenants, en plusieurs parties, fort remarquables, de son œuvre géniale [1]. Le même problème était annoncé, au milieu de beaucoup d'autres vues intéressantes, en 1865, par W. ARNOLD [2]. Un peu plus tard, il apparaît mieux dégagé et nettement mis en relief dans certains discours académiques de G. RUEMELIN [3]. Des lors, on le retrouve signalé et parfois esquissé en d'éminents travaux de la littérature juridique d'outre-Rhin, ainsi, par quelques observations incisives, dans les célèbres Pandectes de B. WINDSCHEID [4], occasionnellement, chez G JELLINEK [5], avec plus de largeur, dans

---

d'apologétique, 2e année, t III, 1906-1907 p 485-504, p 542-557, p 616-620, p 655-678, t. IV, 1907, p 499-548 — Rappr une polémique entre MM. Ed LE ROY et DUBOIS, dans *Revue du clergé français*, numéro du 15 octobre 1907, 13e année, t LII, p 212-214, p. 223 — Comp. Ed LE ROY, *Dogme et critique*, 1e éd , Paris, 1907 — A. de LA BARRE, *Formules scientifiques et réalités concrètes*, dans *Études*, n° du 20 février 1907, t CX, p 507-520 — Chanoine E JANVIER, *Conférences de N.-D. de Paris*. Carême de 1911 (La Foi). 5e conférence *Des rapports des formules dogmatiques avec l'objet de la foi*

1 Voy notamment . R. von JHERING, *Unsere Aufgabe*, dans *Jahrbücher fur die Dogmatik*, t I, p 1857, p 1-52. — *Geist des romischen Rechts*, §§ 2-4, §§ 37-41, § 44, t. I [5], 1891, p. 16-58, t. III [4], 1883, p. 309-389, p 441-470. — *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Erste Abtheilung, I-II, Dritte und Vierte Abtheilung, 3e éd , Leipzig, 1885, p. 6-34, p 247-383 — *Der Besitzwille*, Jena, 1889, *passim*. — *Adde : Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, Leipzig, 1913, *passim*

2 W. ARNOLD, *Cultur und Rechtsleben*, Berlin, 1865, *passim*, notamment, p 202-232 p. 288-342, p 399-400, surtout, p 202-205, p. 313-335.

3 Voy. notamment : G RUMELIN, *Juristische Begriffsbildung*, Leipzig, 1878 — *Werturteile und Willensentscheidungen im Civilrecht*, Freiburg-i -B., 1891.

4 B WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 24, t I. 9e éd. Th. Kipp Frankfurt a. M., 1906, p 110-112

5 G JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tubingen,

les œuvres de haute critique de R. STAMMLER [1], puis, de façon un peu nouvelle, en plusieurs des ouvrages, qui ont résumé, d'un point de vue largement philosophique, les résultats de l'élaboration législative et scientifique, consommée, pour le droit de l'Empire allemand, à l'aurore du présent siècle [2] Toutefois, aucun de ces travaux ne présente, à ma connaissance du moins, notre problème actuel sous son vrai jour et dans toute son ampleur Et, si plusieurs monographies, parfois très fouillées, lui ont été consacrées récemment, il ne semble pas que ces études de détail, dont quelques-unes fort remarquables à mon sens [3], aient fait pénétrer, chez les jurisconsultes allemands, la curiosité nécessaire pour provoquer des recherches collectives et déterminer une opinion commune, sur ces questions capitales [4].

1905, p. 13-19, — passage inséré dans la traduction française de *L'Etat moderne et son droit*, de G FARDIS, Paris, 1904 et 1911, t. I, p 82-92. *Adde* : *ibid*, p. 13-16

1. Voy. notamment R STAMMLER, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 2e éd , Leipzig, 1906, *passim*, notamment, §§ 1-4, p 3-17, § 15, p 70-74, §§ 20-40, p. 101-233 — *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Berlin, 1902, principalement, p 3-18, p 111-116, p 601-627. — *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911, p. 12 (E , 4), p 27 (E., 7); p 33 et 35 (E , 8), p. 62 (I, 6); surtout Vierter Abschnitt, *Die Methodik des Rechtes*, p. 263-363 et Siebenter Abschnitt, *Die Technik des Rechtes*, p 559-652 — Voy aussi : L. BRUTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, 1907, § 5, Die Begriffsjurisprudenz, surtout p 87-100.

2 Voy. notamment R LEONHARD, *Der allgemeine Theil des bürgerlichen Gesetzbuchs*, Berlin, 1900, §§ 20-21, p 49-58. — J KOHLER, *Lehrbuch des burgerlichen Rechts*, t. I, Berlin, 1904-1906, §§ 42-43, p 135-145

3. Je citerai particulièrement . P ELTZBACHER, *Ueber Rechtsbegriffe*, Berlin, 1900 et K -G WURZEL, *Das juristiche Denken*, Studie. Wien, 1904 Notez surtout : p. 36-45, p 60-75, p. 9398 — Voy aussi . M SALOMON, *Das Problem der Rechtsbegriffe*, Heidelberg, 1907.

4 On les retrouve signalées, en passant, en nombre de travaux juridiques à visées larges Voy. par exemple Ph HECK, dans *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, 1890, t XXXVII, p 277-282 et dans *Deutsche Juristen-Zeitung* (*Was ist die jenige Begriffsjurisprudenz die wir bekampfen*), 1909, t. XIV, p 1457-1461 — Voy aussi · E RABEL, *Origine de la règle « Impossibilium nulla obligatio »*, dans *Mélanges Gérardin*, Paris, 1907, p 473-512

En France, le problème paraît même s'être, pendant longtemps, à peu près totalement dérobé à l'investigation des juristes. On ne le trouve, ni nettement indiqué dans les ouvrages généraux, ni mis en relief par des études spéciales, qui soient parvenues à la notoriété dans le public juridique[1]. C'est à peine si quelques travaux récents, plus pénétrés d'esprit critique, l'ont, occasionnellement, signalé à l'attention[2].

Je dois reconnaître, pour ma part, que si, en étudiant

1. Je fais allusion ici à quelques thèses de doctorat, qui ont touché le problème. Voy. par exemple : A. DESTREZ, *Mariage et contrat* (Étude historique sur la nature sociale du droit), thèse de droit, Paris, 1906-1907, *passim*, notamment Introduction, p 1-13 et Conclusion, p. 276-284. — ISTRATTI-N. MICESCO, *La personnalité morale et l'indivision comme constructions juridiques* (Étude de technique juridique), thèse de droit, Paris, 1906-1907, *passim*. — C.-G PARTHENIU, *Le droit social sur les choses* Essai sur la nature des propriétés collectives, thèse de droit, Paris, 1908-1909, *passim* — N. TITULESCO, *Essai sur une théorie générale des droits éventuels*, thèse de droit, Paris, 1907-1908, notamment préface, p. I-VII, puis p. 17-34, p. 296-364.

2. Voy. notamment : L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, p. 21, p. 617-618; — *L'État, les gouvernants et les agents*, 1903, p. 26, p. 28, — et, dans *Revue du droit public et de la science politique*, 1907, 2°, t. XXVI, p 415, p. 419, p. 439 (*Situation des particuliers à l'égard des services publics*) — M HAURIOU, *Les éléments du contentieux*, Toulouse, 1905, Introduction, *passim*, notamment, p. 2-5, p. 7-8, p. 10-12. — L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale*, t I, Paris, 1906, nos 3-5, p. 8-15 et p. 47-48 (n° 21), p. 49-51 (n° 22) — Ed. MEYNIAL, *Du rôle de la logique dans la formation scientifique du droit*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1908, t. XVI, p. 164-189. — Ed. CLUNET, *Les associations au point de vue historique et juridique*, t. I, Paris, 1909, nos 390-467, p. 287-390 et nos 479-479 *bis*, p. 443-445 — Et, surtout : R. SALEILLES, *La personnalité juridique*. Histoire et théories, Paris, 1910, notamment p. 307-308, p. 379-381, p. 544 et s., p. 603-625 — *Adde* : R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p. 193-195, p. 228-230, p. 260-267. — La question a été directement abordée par P. CONDOMINE, *Essai sur la théorie juridique et sa fonction*, thèse de doct., Droit, Lyon, 1911-1912. Ce travail présente assurément quelques vues intéressantes et susceptibles de fournir des solutions utiles sur certains points. Mais il manque d'une base philosophique profonde et sérieuse. Et, par exemple, on n'y trouve même pas une définition précise de l'institution qu'il étudie. Aussi ses conclusions restent-elles peu fermes et incomplètes On ne peut en espérer une direction assurée. Comp. plus haut, p 13, note 1 (n° 4).

une première fois la *Méthode d'interprétation du droit privé positif*, j'ai eu quelque pressentiment de la place et du rôle que devait y tenir un examen des procédés intellectuels de l'investigation juridique, si même j'ai tenté, en raccourci, une des premières critiques entreprises en France à leur sujet [1], mes conclusions, sous ce rapport, sont restées entachées d'un défaut de netteté et de précision, qui ne s'explique pas seulement par la nouveauté et la difficulté de ces questions, qu'il convient d'attribuer encore au mélange et à l'enchevêtrement de divers points de vue (tels que : abstraction et généralisation, mode de connaissance et logique, conceptions et constructions techniques) [2], qu'il est essentiel de démêler et de séparer pour faire de chacune une appréciation adéquate. — Je voudrais, aujourd'hui, m'efforcer de dissiper, en quelque mesure, du moins, ces confusions délétères. Et, sans prétendre apporter aucun élément vraiment nouveau de solution, il me semble permis d'espérer, que, rien qu'en représentant de façon distincte quelques-unes des plus notables opérations de la pensée, pour fixer leur rôle et déterminer les conditions de leur efficacité dans toute la suite de l'élaboration du droit, la portée du problème apparaîtra assez nettement, sinon pour en procurer de suite le dénouement, du moins, pour inviter les jurisconsultes, qui veulent prendre pleine conscience des choses, à lui faire sa place légitime dans leurs préoccupations et leurs recherches.

---

1. Voy. surtout : Fr. Gény, *Méthode d'interprétation*, nos 20-25, p. 35-46 ; nos 60-82, p 111-175; no 148, p. 464-468.

2. Cette confusion m'a exposé à certaines critiques, qui, parfois, ont, inconsciemment, dénaturé ma pensée véritable Voy., par exemple, Ed. Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, Paris, 1903, p. 30-31, p. 38-39. — A mon avis, il y a lieu de séparer nettement, au point de vue de leur portée, les principes, véritables synthèses de solutions positives, et les conceptions des interprètes, qui conservent un caractère subjectif C'est ce que j'avais déjà laissé entendre (*Méthode d'interprétation*, p. 172-173) et ce qui, j'espère, ressortira mieux encore du présent travail. La confusion paraît complète dans l'étude d'Ed. Meynial, citée ci-dessus, p. 106, note 2 (no 36)

37. — Au surplus, en entreprenant cette tâche, les juristes devront chercher leurs directions premières dans la philosophie générale. Et, s'ils peuvent compter moins encore sur les philosophes de profession que sur leurs propres prédécesseurs, pour obtenir des résultats incontestablement acquis [1], du moins ne sauraient-ils hésiter à s'inspirer des conclusions, le plus généralement acceptées, de l'analyse des opérations intellectuelles, dès longtemps poursuivie sur les domaines respectifs de la psychologie, de la métaphysique et de la logique formelle, pour les adapter au droit.

Mais, plus encore, et avant tout, leur faudra-t-il serrer de près la vie même de celui-ci. S'autorisant de l'exemple des critiques les plus accrédités des méthodes scientifiques [2] et partant de cette idée, confirmée par l'expérience universelle, que toute discipline, scientifique ou pratique, se fait à elle-même, et spontanément, sa procédure intellectuelle d'investigation, qui s'adapte, comme de soi, à la matière qu'elle met en œuvre [3], les jurisconsultes, désireux de juger le droit positif sous ce

---

1. Voy., pourtant, quelques indications intéressantes, dans : W. Wundt, *Logik*, t. II, 2 (vol. III), 2e éd. Stuttgart, 1895, Methodenlehre, Vierter Abschnitt, IV Kapitel (3, *d* et *e*), p. 577-587 et dans : A. Cournot, *Essai sur les fondements de nos connaissances*, Paris, 1851, t. II, chap. XVIII-XIX, p. 116-176. — On trouve aussi de précieuses lueurs, projetées *occasionnellement* sur ce problème général, dans les travaux, semi-philosophiques, semi-juridiques, d'E.-R. Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, 2 vol. Gotha, 1877 et 1883, *Juristische Prinzipienlehre*, 4 vol Freiburg-i.-B. und Leipzig, 1894, 1898, 1905, 1911. — *Adde*, pour le domaine plus large de la sociologie : E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, 2e éd., Paris, 1901, p. 20-58, p. 175-176. Et, comp., pour l'économie politique : A. Aupetit, *Essai sur la théorie générale de la monnaie*, thèse de doct., Droit, Paris, 1900-1901 ; surtout Introduction, p. 3-36, où apparaît un effort intéressant de recherche d'une théorie de la connaissance, qui s'adapte aux phénomènes économiques. — Le rôle des procédés intellectuels, dans l'élaboration juridique, est entrevu, sans être nettement dégagé du reste, par G. Aillet, *La responsabilité objective*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1906, t. XIV, p. 826-832.

2. Voy ci-dessus, p. 5-8 (n° 2) et p. 82-83 (n° 28).

3. Voy. ci-dessus, p. 7 et p. 8 (n° 2).

rapport s'attacheront principalement à considérer, et, pour ainsi dire, à reconnaître, en détail, la part propre de l'esprit dans les recherches ou appréciations d'ordre juridique, telles qu'elles ont été et restent traditionnellement poursuivies, en vue d'estimer la convenance de ses démarches au but qu'il s'agit d'atteindre

Et, si l'épistémologie des sciences mathématiques et physiques leur sert de modèle pour diriger ici leur travail, ils se garderont d'en conclure, *a priori*, une analogie décisive entre les conclusions de l'une et de l'autre critique. Mais, constatant, en toutes disciplines, le *substratum* commun de l'investigation intellectuelle [1], et relevant, d'autre part, les particularités d'application, que requiert son adaptation aux matières juridiques, ils sauront faire œuvre propre, en discernant et estimant les procédés de cet ordre, que postule et informe l'élaboration du droit positif.

Telles sont, du moins, les vues et les intentions, qui me guident dans la conception du présent chapitre, dont le contenu restera, d'ailleurs, des plus modestes. — Je voudrais, en effet, me borner, pour l'instant, à décrire, d'après les faits, la marche générale de l'esprit dans l'investigation juridique, pour apprécier la valeur de pareille procédure, soit en général et en tout ordre de connaissance ou d'action, soit plus spécialement au regard des fins propres du droit positif, puis en spécifier, de ce dernier point de vue, les démarches les plus caractéristiques, réservant, d'ailleurs, ici, les particularités relatives à l'élaboration technique du droit, qui devront se retrouver plus loin [2].

I

38. — Commençons donc par analyser le *processus* de l'entendement dans l'élaboration du droit positif, tel que

1. Cpr. W. Ostwald, *Zur Theorie der Wissenschaft*, dans *Annalen der Naturphilosophie*, 1904-1905, t. IV, p. 1-8, p. 20-27

2. Voy. ci-après, troisième partie.

nous l'observons en fait et suivant les conditions de la vie moderne.

Si l'on voulait remonter aux origines, on y trouverait, quant à ce qui constitue alors le monde du droit, une prédominance de l'élément sensible, qui ferait volontiers présumer, pour les débuts de l'humanité, sinon l'absence, du moins l'effacement, de toute opération intellectuelle franchement distincte [1]. — Mais un pareil état de choses apparaît tellement étranger à notre mentalité contemporaine, que, mis en demeure de l'approfondir, nous n'arrivons pas à en prendre nettement conscience. Pour nous, si le droit tend à déterminer l'action, il suppose et appelle la pensée, de telle sorte qu'il nous apparaît, *prima facie*, sous la forme d'une idée rationnelle [2]. Il s'agit seulement, ici, de considérer de plus près comment se forme et se développe cette idée, non pas tant sous son aspect abstrait, mais plutôt dans ses applications à la vie.

Tel que nous le comprenons et le pratiquons, le droit positif trouve son milieu nécessaire de germination et d'épanouissement dans la région suprasensible, et le sensible, qui reste, ici comme en tout, le fonds primordial de la connaissance [3], n'intervient plus que pour relier les éléments de la création juridique s'opérant en dehors de lui [4].

---

1. Comp., par exemple, la notion primitive de la vente à sa notion moderne, d'après M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II[e], 1912, n° 1353, p. 451.

2. Comp. E. BOIRAC, *Cours élémentaire de philosophie*, 12[e] éd., Paris, 1898, p. 381 : « Le droit est donc, en définitive, non une réalité empirique, mais une idée rationnelle » — Et voy. A. FOUILLÉE, *L'idée moderne du droit*, 3[e] éd., Paris, 1890. — *Adde*, ce qui a été dit ci-dessus, sur le *droit idéal*, p. 52-54 (n° 17).

3. Il suffit de rappeler ici la maxime connue : *Nihil est in intellectu quod non prius fuerit in sensu (nisi ipse intellectus)*.

4. Sur les symboles et représentations sensibles dans le droit, voy. : R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts*, II Theil, 2 Abtheilung, vol. III, 4[e] éd., Leipzig, 1883, p. 505-509 (§ 45 *a*), *Esprit du droit romain*, trad. de MEULENAERE, 3[e] éd., t. III, 1887, Paris, p. 197-201 (§ 50).

39. — En effet, si nous nous interrogeons sur la manière, dont nous apparaît un problème de droit quelconque (question de propriété ou de droit direct sur les choses; — relation de puissance entre les personnes; — engagement par contrat; — réparation de dommage causé; — transmission de biens ou de dettes après décès; — etc.), nous apercevons qu'il s'agit toujours de considérer, pour établir entre eux une préférence ou une conciliation, des émotions, sentiments ou tendances (désirs, inclinations, passions), des croyances ou des volitions, des instincts ou des habitudes, bref, des réalités psychologiques, se traduisant en besoins ou intérêts (économiques, moraux, religieux, etc), lesquels, sans doute, s'appliquent, le plus souvent du moins, aux choses sensibles, mais restent distincts de celles-ci et planent dans une région supérieure. — Semblables éléments ne peuvent être saisis que par leur représentation à l'esprit. Celle-ci s'opère au moyen d'images se transformant peu à peu en idées, qui seront suggérées par l'attention, conservées par la mémoire, fécondées par les facultés d'association et d'imagination, ordonnées et hiérarchisées par tous les modes de l'intelligence réfléchie. — Tel est, en quelque sorte, le premier stade des opérations intellectuelles de l'élaboration du droit, dont le centre semble se rencontrer dans la *représentation en idées des intérêts, se dégageant de réalités psychologiques, et qu'il s'agit d'équilibrer* (notion juridique).

Cet équilibre des intérêts, — mission suprême du droit positif, — nécessite de l'esprit un jugement au sens philosophique du mot. Pareil jugement se présente, d'abord, sous forme casuistique et concrète Il consiste à faire prévaloir (pour le tout ou pour partie), dans l'hypothèse soumise à appréciation juridique, tel ou tel des intérêts en présence, mais toujours suivant la direction normale du *processus* intellectuel, qui aboutit à une proposition énonciative de rapport. Et, ceci nous offre un second stade des démarches de l'esprit dans le travail juridique :

affirmation d'un rapport de prépondérance ou d'équivalence entre les intérêts, issus des réalités psychologiques, ci-dessus reconnues, et précédemment traduits en idées (règle de droit).

Mais le rôle des opérations intellectuelles, dans la création juridique, ne s'arrête pas à ce minimum, qui pourrait, à la rigueur, suffire aux besoins d'une vie sociale rudimentaire. L'examen individuel et le rapprochement des espèces font saillir, parmi les idées qui les représentent à l'esprit, des éléments généraux et communs, que l'intelligence tend naturellement à séparer et à spécifier, pour satisfaire son aspiration instinctive vers l'unité de la connaissance, non moins que pour faciliter la tâche qui lui incombe dans la constitution d'un ordre juridique adéquat à son but. — Ici, interviennent l'abstraction et la généralisation (souvent suscitée par la comparaison), au moyen desquelles l'esprit du jurisconsulte isole certaines notions des cas particuliers, qui les suggèrent, et les érige en idées indépendantes, d'un caractère schématique et général, capables d'embrasser toute une série d'hypothèses concrètes, pour les soumettre à une règle unique. Ces opérations internes s'accompagnent de procédures formelles, qui traduisent leurs résultats en éléments expressifs et ordonnateurs : mots ou termes [1], définitions, divisions, classifications, catégories. Elles se complètent au moyen de raisonnements et de procédés de pure logique, qui fécondent et développent les idées, une fois acquises, suivant les lois naturelles de l'esprit et les principes premiers directeurs de toute connaissance . induction, déduction, analyse, synthèse, comparaison, analogie. — Cette élaboration complexe tend à une *systématisation des notions et des règles juridiques*, qui apparaît, en même temps que le point d'aboutissement, comme le signe caractéristique de ce troisième stade des démarches de l'esprit juridique,

1 Sur l'importance de la parole (mots et phrases), pour l'abstraction et la généralisation, voy. Th. Ribot, *L'évolution des idées générales*, Paris, 1897, chap. II et III, p. 65-125.

s'efforçant d'employer toutes ses ressources à dégager les formules qui étreignent, le plus objectivement possible, les idées et leurs rapports et à harmoniser ces formules en un ensemble cohérent, capable d'en faire un tout bien lié suivant les exigences les plus profondes de notre nature (système de droit).

40. — L'esprit s'en tiendra-t-il là, dans son activité propre, en vue de prendre du domaine juridique une possession assez pleine pour diriger efficacement la conduite humaine? — La simple observation des faits impose à cette question une réponse négative. Il semble que l'intelligence du juriste se sente à l'etroit dans ce cercle de conceptions et de systématisations strictement moulées sur les réalités de la vie. En tout cas, elle apparaît, parfois, secouant l'étreinte des contingences, brisant l'enveloppe des besoins saisissables, pour ne plus considérer que les notions pures, et les ordonner en elles-mêmes, indépendamment des circonstances concrètes, dont elles sont issues. *C'est le règne du concept, isolé des intérêts qu'il représente, s'organisant suivant sa nature propre et se combinant avec d'autres concepts de même sorte, pour former une pure construction juridique, bâtie toute en abstraction et par les seuls efforts de la pensée*[1] (construction de droit)

Tel est, ce semble, le plus haut degré de développement, auquel aspire l'esprit juridique, concentré dans sa quintessence et s'épanouissant selon ses vertus propres. Et, pour en citer deux illustres représentants, appartenant à des époques et à des milieux bien différents, qui ont su, d'ailleurs, tous deux, grâce à une merveilleuse

1 Comp F. Mallieux, *L'exégèse des Codes et la nature du raisonnement juridique*, Paris, 1908, *passim*, notamment p. 88-91, p. 154-192 — Edm. Meynial, *Du rôle de la logique dans la formation scientifique du droit*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1908, t. XVI, p. 165-172. — Voy. une conception, à certains égards différente, de la *construction juridique*, chez R. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle 1911, Vierter Abschnitt (*Die Methodik des Rechtes*), D, §§ 18-24, p. 336-363.

souplesse, concilier avec leur tendance abstractive un sentiment profond des nécessités intimes de l'ordre juridique et le plus minutieux souci des textes romains formant leur principal matériel législatif, il suffira de rappeler les noms de DOMAT et de WINDSCHEID [1].

A ce dernier stade de l'élaboration intellectuelle du droit positif, se marquant dans la construction abstraite, le raisonnement logique reste seul metteur en œuvre des conceptions, qu'il organise en vue de théories. Les réalités ont disparu, les idées tendent à se figer en mots, les jugements passent en formules. Le système du droit s'érige en un vaste schéma aux compartiments nombreux, rigides, séparés par des cloisons étanches. L'esprit juridique a vaincu la matière sociale et la soumet, impérieusement, capricieusement même, à ses exigences [2].

Ainsi s'achève la progression, qu'on peut relever, dans la participation de l'intellect à l'élaboration du droit positif [3]. — Et, si je voulais caractériser d'un mot le sens général et constant de cette progression, je dirais qu'elle transforme peu à peu, et suivant une échelle ascendante, les éléments *éthiques* ou *économiques*, qui sont à la base fondamentale de la jurisprudence, en éléments *logiques*, qui paraissent seuls capables d'assurer la règle de droit, but dernier de toute l'organisation [4].

---

1 Voy. notamment, pour la caractéristique de WINDSCHEID, sous ce rapport, la préface de P. ŒRTMANN, *Windscheid als Jurist, in fine*, p XXXIV-XXXVI, aux *Bernhard Windscheid gesammelte Reden und Abhandlungen*, Leipzig, 1904.

2. Voy. W. WUNDT, *Logik*, Zweiter Band, Zweite Abtheilung, 2 A., vol III, 1895, p. 560 et surtout R von JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, 1885, *passim*, notamment p 3-17, p 245-383

3 Comp Ed MEYNIAL, *Du rôle de la logique dans la formation scientifique du droit*, I, dans *Revue de métaphysique et de morale*. 1908, t XVI, p 165-172

4 Comp. W WUNDT, *Logik*, Zweiter Band, Zweite Abtheilung, 2 A, vol. III, 1895, p 581.

41. — Faut-il, encore, illustrer, par une application empruntée à la vie juridique, cette description sommaire des procédés intellectuels mis en œuvre dans l'élaboration du droit, — sans distinguer de qui émane celle-ci, législateurs, interprètes, praticiens, voire particuliers inspirateurs de la coutume, et sans spécifier, pour l'instant, le caractère scientifique ou technique de leur œuvre? — Je prendrai, comme exemple, en le simplifiant de parti pris, suivant les besoins de mon exposé, le cas de la succession après décès.

Un homme vient à mourir, abandonnant ainsi des biens de mille sortes (droits réels, droits de créance), des droits de puissance, des dettes, des charges de nature diverse, des affaires en cours, etc. — Il s'agit de savoir ce que vont devenir ces rapports juridiques, où, le défunt était impliqué, et dont je suppose — *brevitatis causa* — la notion générale (rapport de droit décomposé en objet, sujet, matière ou contenu, d'où, droit subjectif) préalablement dégagée et reconnue.

Tout esprit, appelé à résoudre pareille question, apercevra, comme premiers éléments des décisions à donner, des désirs, des croyances, des volitions, ou d'autres réalités psychologiques se consolidant en besoins ou en intérêts, qui entrent en lutte, pour obtenir la prééminence. — C'est la communauté (État ou Commune), qui demande que les biens du défunt reviennent à tous. C'est la famille, qui réclame de son côté, au nom de l'affection du défunt et de l'avantage que la cohérence des liens du sang présente pour l'État lui-même; et, dans le sein de la famille, tel groupe de parents, ou tel individu, fera valoir, vis-à-vis des autres, son propre titre de préférence. C'est un tiers, peut-être, qui se présentera armé d'un signe indiscutable de la volonté du défunt (testament) et alléguera le caractère, à la fois sacré et utilitaire, du respect des intentions suprêmes. Ce sont, d'une autre part, les créanciers du *de cujus*, qui feront valoir leurs droits acquis pour être

satisfaits en dépit du décès de leur débiteur, au nom de la justice et du crédit général.

Parmi tous ces intérêts, déduits de réalités tangibles, et qui se représentent en idées, le juriste choisira, à la suite d'une comparaison, et exprimera sa décision en un jugement, relatif au cas qui lui est soumis. Il statuera, par exemple, que l'élu du défunt, qui justifie de son titre (institué ou légataire), doit être préféré même aux parents du sang. Ou bien, entre les parents du sang, il établira une hiérarchie, un ordre de succession. Il n'appellera la communauté (l'État) qu'à défaut d'autres héritiers. D'autre part, dans les rapports de ces héritiers (*lato sensu*) testamentaires ou légitimes et des créanciers du défunt, il décidera que ceux-ci doivent être désintéressés en première ligne. Ainsi, il affirmera des rapports de prépondérance ou d'équivalence entre les idées traduisant les intérêts en jeu.

De semblables jugements, répétés et rapprochés d'autres jugements analogues, l'esprit du juriste, qui poursuit son travail, en abstrayant ce que contiennent de commun les cas particuliers, dégagera des règles d'une portée générale : que l'héritier testamentaire passe avant les héritiers du sang; qu'à défaut d'héritier désigné par le défunt, les membres de la famille de celui-ci sont appelés dans un certain ordre; que la communauté (l'État) ne vient qu'après ; que les droits des créanciers du défunt s'opposent, soit aux héritiers, soit à la communauté, avec une énergie déterminée. — Ces règles générales, syntheses des idées antérieures, et nécessairement exprimées par des mots, seront précisées au moyen de définitions qui fixeront leur portée en en limitant les termes . définition de la succession, de l'héritier, du testament, de l'institué, du légataire, etc. ; à quoi s'ajouteront des divisions ou des classifications, tendant notamment à distinguer plusieurs classes d'héritiers dont les droits n'auraient pas même énergie (par ex : héritiers testamentaires, héritiers du sang; et parmi ceux-ci : héri-

tiers légitimes, successeurs irréguliers, héritiers réservataires et non réservataires), ou à séparer diverses sortes de créanciers de la succession (par ex. : créanciers du défunt et légataires). Tout cet effort aboutissant à créer une série de catégories, qui permettront de spécifier les divers éléments du droit successoral. — D'autre part, une fois les règles de la dévolution héréditaire érigées en propositions logiques, l'esprit en conclura des décisions nouvelles : ainsi, du fait de la vocation de certains parents venant avec des parents de degrés différents, ou induira, soit la règle de la représentation (pour certains cas), soit (pour d'autres cas) celle de la fente (*dimidium paternis, dimidium maternis*). Et, de ces règles, comme de toutes les autres, le raisonnement déduira mille conséquences, telles, par exemple, que les droits et obligations du représentant, l'accroissement réservé aux héritiers d'une même souche, etc. — De plus, encore, l'analogie, relevée par la comparaison, interviendra pour appliquer à telle catégorie d'ayants droit des règles formulées d'abord pour d'autres, ainsi pour étendre aux légataires particuliers la séparation des patrimoines admise primitivement au profit des créanciers du défunt. Et, tandis que semblable assimilation (partielle) sera suggérée par l'analyse des deux situations en présence, à l'inverse la synthèse des droits reconnus aux héritiers du sang en cette qualité pourra permettre de les opposer plus nettement, quant à l'effet de leur vocation, aux héritiers testamentaires. Bref, on arrive peu à peu, par des efforts successifs d'abstraction, de généralisation et de logique formelle, à une systématisation du droit de succession, le mettant à part des autres droits subjectifs, fixant ses caractères généraux, soit au point de vue des personnes à qui il est déféré (dévolution héréditaire), soit à celui de la réalisation de leur vocation (option héréditaire), et des effets de celle-ci (droits et obligations des héritiers, rapport, etc.), en faisant un tout homogène qui unifie cette matière juridique de façon à l'adapter à son

but, suivant les exigences et aspirations de notre nature.

Ce n'est pas tout encore ; et l'esprit juridique ne se sentira pas pleinement satisfait par cette systématisation, dégagée peu à peu des réalités, que révèlent les circonstances donnant lieu à la succession après décès. Il voudra s'élever plus haut et prétendra trouver dans les purs concepts une nouvelle source fécondante de règles de droit. — C'est ainsi que surgira l'idée de *successio in universum jus* ou succession au patrimoine du défunt ; idée, qu'on peut songer à transporter hors du domaine héréditaire, comme dans les hypothèses de l'*adrogation* romaine, de la confiscation, de la vente en masse des biens d'un insolvable (*bonorum venditio*) ou de la faillite (dans une certaine conception de celle-ci). — Et, à cette idée pourra bien s'en superposer une, plus artificielle encore, celle de la représentation de la personne du défunt par ses héritiers ; idée, qui, si on l'érige en concept indépendant, se montre capable d'excéder notablement, voire de dénaturer, la portée rationnelle et sociale de la succession héréditaire, soit qu'elle conduise à limiter étroitement le nombre des personnes dignes du titre d'héritiers, soit qu'elle tende à élargir les droits de ceux-ci, tels que les postule l'intérêt général (représentation du défunt dans ses droits strictement personnels), et a étendre également leurs obligations, bien au delà des exigences de l'utilité pratique (obligation *ultra vires*) [1]. Par la voie des concepts de cette

1. Cons. J. Percerou, *La liquidation du passif héréditaire en droit français*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1905, t. IV, p. 537-582. — R. Saleilles, *Le principe de la continuation de la personne du défunt en droit romain*, dans *Festschrift Otto Gierke*, Weimar, 1910, p. 1015-1034. — *De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français*, dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1910, t. IX, p. 296-325 et 1911, t. X, p. 56-102. — Voy. aussi R. Saleilles, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1911-1°, t. LXI, p. 20-22, p. 26 (*Droit civil et droit comparé*). — Et, pour une limite judicieuse de cette continuation de la personne du défunt par ses héritiers, ramenée à l'idée de la solida-

sorte, on entre, à propos de ce phénomène juridique fort simple, la succession après décès, dans le domaine artificiel de la construction juridique, où la pensée, détachée du réel, se repait de ses propres abstractions, et tend à oublier les intérêts du défunt, de sa famille, de ses créanciers, de l'humanité même, pour se forger un monde héréditaire, purement idéal.

On sent assez que cet exemple, réduit à son essence, et mal dégrossi encore, pourrait facilement être poussé plus avant, amplifié, complété et justifierait ainsi, de plus fort, notre exposé théorique (ci-dessus n^os^ **38-40**, p 109-114). — Mais, sans multiplier des détails, qui risqueraient de nous entraîner au delà des limites assignées au présent travail, ce qui vient d'être dit suffit bien, je pense, à faire voir comment l'effort intellectuel du jurisconsulte a tendu constamment à faire passer les éléments *éthiques* ou *économiques* du droit successoral, se ramenant aux considérations de justice ou d'utilité qui le recommandent, au rang d'éléments de pensée, ou *logiques*, jusqu'à cette conception extrême de la représentation personnelle du défunt par ses héritiers, qui ne répond plus à aucune réalité saisissable[1].

II

42. — Si, maintenant, nous voulons soumettre la procédure intellectuelle de l'élaboration du droit, telle qu'elle vient d'être analysée, à une appréciation critique, nous ne saurions, tout d'abord, échapper à cette impression, qu'en somme les mêmes procédés, représentant les

---

rité familiale, voy. J. van Biervliet. *La liquidation du passif héréditaire et le projet belge de revision du Code civil*, dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1912, t. XI, p 205-222, notamment p 219-222 sur la transmission des dettes.

1. Comp Edm. Meynial, *Du rôle de la logique dans la formation scientifique du droit*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1908, t. XVI, p. 170-172 et p. 173, *adde* . p. 186-187.

démarches générales de l'intelligence, se rencontrent en toute science quelconque, plus généralement même, en toute activité humaine, qui cherche à interpréter le monde, en vue d'en développer le progrès[1]. Partout, se retrouvent les idées, seules capables de rendre saisissables à l'esprit les éléments de la vie flottant autour de nous, les jugements indispensables pour lier, coordonner et hiérarchiser les idées, l'abstraction, la généralisation, la comparaison, qui en dégagent les essences et les rapports, la logique sans laquelle toutes les autres opérations restent infécondes, la systématisation, condition nécessaire de leur cohérence intime, et jusqu'à cette idéalisation transcendante, témoignage de notre tendance incoercible vers l'unité et la simplicité suprêmes.

Toutefois, si un *processus* de pensée identique se rencontre peu ou prou, en toute interprétation du monde, il convient d'ajouter que son application présente des différences notables, suivant la variété des disciplines qui le mettent en œuvre ; et ces différences ne sont pas sans influer sur la légitimité de son emploi en chacune de ces disciplines distinctes. On remarquera, notamment, que l'abstraction occupe fort justement une place prépondérante dans les sciences mathématiques, qui, créant librement leur objet en dehors de la sphère des réalités concrètes, l'étudient, tel quel, sans souci des contingences,

---

1. Comp ici : A - D. Xénopol, *De la méthode dans les sciences et dans l'histoire*, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1910-1°, t LIX, p. 318, qui fait justement observer la similitude des notions, comprises sous les mots : loi, principe, théorie, concept, postulat, hypothèse, forme, dans la critique scientifique. — Voy. aussi H. Poincaré, *Le libre examen en matière scientifique*, dans *Revue de l'Université de Bruxelles*, 1909-1910, t XV, p 290, qui fait ressortir à la fois la nécessité et les dangers des théories « auxiliaires indispensables de la science, mais ..... auxiliaires tyranniques, contre lesquelles il faut savoir se défendre » (citation reproduite dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1910-1°, t. LIX, p. 341).

sous l'empire des seules lois logiques [1]. D'un autre côté, les sciences physiques, qui envisagent des choses strictement matérielles pour surprendre leurs propriétés et les lois de leurs rapports, sont prémunies, par cette matérialité même, contre le danger de constructions idéales, ou théoriques, qu'elles ne formuleront qu'à titre d'hypothèses, et sous la réserve de vérifications expérimentales [2]. On en peut dire à peu près autant, non seulement de la physiologie [3], mais de tout le groupe des sciences naturelles, proprement dites, dont les classifications n'ont d'autre valeur que celle que leur confèrent les réalités mêmes qu'elles prétendent traduire [4].

Ces avantages ou ces garanties manquent tout à fait aux disciplines morales et sociales, — dont le droit positif fait partie, — qui doivent scruter des réalités nettement données mais échappant, d'elles-mêmes, à toute perception sensible, par suite accessibles à la seule intelligence, sous le contrôle incertain du sentiment, risquant dès lors, faute d'une prise matérielle, de dévoyer les facultés de l'esprit pur, insusceptibles d'une expérimentation rigoureuse, se prêtant mal à l'hypothèse, et pour lesquelles, en même temps, aucun critérium de classification pleinement naturelle ne paraît s'offrir [5].

---

1 Voy. notamment : J. Tannery, *La méthode en mathématiques*, dans *La Revue du mois*, n° du 10 janvier 1908, t III, p. 5-32. — Cpr. G Milhaud, *Le rationnel*, Paris, 1898, *passim*, notamment 3e, 4e, 5e et 6e études, p. 75-179 — Voy aussi Claude Bernard, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, Paris, 1865, p. 81. — *Adde*, pour quelques réserves : H Poincaré, *Science et méthode*, Paris, 1908, livre II, chap. III, *Les mathématiques et la logique*, p 152-171.

2. Voy. surtout : P Duhem, *La théorie physique*. Son objet et sa structure, Paris, 1906

3 Cons. principalement Cl. Bernard, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, Paris, 1865.

4 Comp. L. Agassiz, *De l'espèce et de la classification en zoologie*, trad. F. Vogeli, Paris, 1869, notamment p. 8-10.

5. Comp. E Durkheim, *Les regles de la méthode sociologique*, 2e éd., Paris, 1901, p. 24-25, *adde* p 38-39, p 41-43, p. 54-55.

Et ce qui paraît aggraver encore, sous ce rapport, l'infériorité du droit positif au regard des autres disciplines sociales, c'est qu'en dépit de l'infirmité de ses moyens, compliquée par son lien d'origine avec l'État [1], il doit nécessairement, pour remplir tout son objet, fournir une réponse immédiate et précise aux plus menues questions rentrant dans son domaine [2].

Ces considérations, préliminaires mais capitales, ne vont pas pourtant à soustraire le droit positif — en tant que son élaboration comporte la procédure intellectuelle rappelée ci-dessus — aux résultats généraux qui semblent acquis, de ce point de vue, à la critique philosophique des sciences, mais plutôt, en lui adaptant tout d'abord ces conclusions, dans ce qu'elles ont de commun à tous les ordres de connaissance ou d'action, à les compléter ou rectifier, en ce qui le concerne, suivant les caractères, qui marquent sa nature propre et l'érigent en une discipline vraiment spécifique et indépendante.

43. — Ceci dit, il importe, avant d'aller plus loin, de circonscrire et préciser le terrain de l'étude critique qui vient d'être esquissée.

Dans ce but, nous mettrons à part, parmi les diverses démarches de l'intelligence analysées plus haut (n^os^ **39-40**, p. 111-114), les procédés de la logique purement formelle, termes (expressions verbales d'une idée), propositions, jugements, raisonnements syllogistiques [3], se

---

1. Voy. ci-dessus, p. 56-57 (n° **18**).

2. Voy., sur ce dernier point, les judicieuses observations de R. Leonhard, dans *Zeitschrift fur des gesamte Handelsrecht* (fondée par L. Goldschmidt), 1906, t. LVIII, p. 611-612 (compte rendu du *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* de J. Kohler). — La même remarque peut être faite pour toutes les disciplines pratiques (opposées aux sciences dont le but propre est la recherche de la vérité). Voy. L. Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, 1907, p. 16-17; *adde :* p. 22.

3. J'y comprends l'induction, dite *formelle*, ou induction complète

concentrant tous autour de la déduction pure, qui, d'une entité, donnée ou acquise dans son ensemble complet, développe tout le contenu suivant les lois impérieuses de l'esprit, postulant invinciblement l'accord de la pensée avec soi et repoussant toute contradiction intrinsèque, avant même de se confronter avec les choses, dont il scrute l'essence [1]. — A raison de leur nécessité, la valeur de ces procédés ne paraît, dans aucune discipline, pouvoir être mise sérieusement en question [2]. Étant supposée obtenue sous la forme d'une proposition distincte, la notion entière d'une réalité, quelle qu'elle soit, on est fondé à en déduire toutes les conséquences qui y sont incluses, suivant la logique; et cette déduction apparaît comme l'unique moyen, d'ailleurs reconnu et admis par tous, de faire valoir le réel, suivant la détermination de son contenu.

Pareille procédure, seule capable de féconder la science et de l'adapter aux besoins de la vie, s'impose incontestablement en droit positif, comme en tout autre ordre de connaissance et d'action Elle s'y légitime d'autant plus, que le droit positif, ayant pour objet propre de tracer aux hommes, dans une certaine sphère, des règles de conduite aussi précises que sûres [3], ne peut se développer et atteindre son plein effet, qu'à la condition de se conformer aux exigences générales de l'esprit, qui, éclairant la volonté, saura seul la décider à se conformer à la règle prescrite.

(aristotélicienne), dont la rigueur est absolue. Voy. L. Liard, *Logique*, 3e éd., Paris, 1892, p. 54-58.

1. Voy. notamment : E. Rabier, *Leçons de philosophie*, t. II, *Logique*, Paris, 1886, p. 5-10, p. 14-15, p 35-73; *adde* p. 74-92 — P Malapert, *Leçons de philosophie*, t. II, Paris, 1908, p 276 et p 288-302.

2. Comp L. Couturat, *La logique et la philosophie contemporaine*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1906, t XIV, p. 318-341 — *Logistique et intuition*, dans *Revue de metaphysique et de morale*, 1913, t. XXI, p. 260-268.

3. Voy ci-dessus, n° **16**, p. 47-52.

Aussi bien, n'est-il pas douteux, qu'en présence d'un précepte de droit, nettement défini et formulé en termes logiques, le jurisconsulte, — législateur ou interprète, — ne doit pas hésiter à tirer de ce *principe* [1], pour les appliquer à la vie, toutes les conséquences nécessaires, vu que, par ce moyen seulement, on assure aux hommes l'ordre et la sécurité que le droit doit leur donner. La même logique, sainement entendue, conduit, d'ailleurs, souvent, à limiter l'application d'un principe par la réaction d'un autre principe, qui vient contrarier les effets du premier et en circonscrit par là même la portée. Ainsi, — pour en emprunter un exemple à l'institution juridique analysée en ce chapitre (ci-dessus, n° **41**, p. 115-119), — étant, par hypothèse, admis en *principe* que les personnes, désignées par la volonté régulière du défunt (héritiers testamentaires, au sens large du mot), doivent, dans l'attribution de la succession, primer celles qui sont appelées par la loi à raison de leur qualité (héritiers légaux), on devra logiquement tirer de là une préférence au profit de tous ceux, qu'on reconnaîtra visés par le testament (institués, légataires, exécuteurs testamentaires), au regard de tous les héritiers du sang, quels qu'ils soient, à moins qu'un autre *principe* (réserve héréditaire) ne vienne limiter, à l'encontre de certains parents proches du défunt (héritiers réservataires), les attributions du testament.

Que si l'on est parfois amené à constater un fléchissement des principes du droit devant les circonstances de fait, si, trop souvent, des exceptions multiples semblent ébranler les principes eux-mêmes, si l'on a pu, très légitimement, parler de la *déduction tempérée*, que requiert l'ap-

---

1 Sur les *principes juridiques*, voy. ci-après, p 135 (n° **46**) et p. 137 (n° **47**) — Comp R. Saleilles, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1890-1°, t. XIX, p. 496-498 et p. 501-502 (*Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit*).

plication du droit [1], ces atteintes apparentes à la logique [2] s'expliquent simplement par la grande difficulté — dégénérant parfois en une impossibilité véritable — de fixer des notions assez sûres et assez précises, pour embrasser, par tous ses côtés si nombreux et si complexes, la plénitude des réalités de la vie juridique [3].

Cette difficulté, — ou quasi-impossibilité, — tient elle-même à l'infirmité des procédés intellectuels de la connaissance proprement dite, qui, manquant de la rigueur et de la sécurité de la logique formelle, se proposent pourtant de représenter, et, en quelque façon, d'exprimer la réalité vivante en termes de raison que la logique puisse manier à son aise [4]. — Ce sont ces procédés intellectuels

---

1. Voy. C. Appleton, *Observations sur la méthode de l'enseignement du droit en général, du droit romain en particulier*, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1891-1°, t. XXI, p. 241-244 et p. 256. — Comp. Edm. Meynial, *Du rôle de la logique dans la formation scientifique du droit*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1908, t XVI, p. 180, dont le témoignage perd toutefois de sa valeur, par suite de la confusion, que semble faire l'auteur entre la logique proprement dite et les autres procédés intellectuels de l'élaboration du droit. D'ailleurs, sa conclusion (*ibid.*, p. 181-189) reste bien incertaine.

2. Ne sont-ce pas souvent, plutôt, les raffinements d'une logique mieux avisée?

3. Comp A. Lalande, *Le mouvement logique*, dans *Revue philosophique*, 1907-1°, t. LXIII, p. 256-288, notamment p. 286-288; — *Sur une fausse exigence de la raison dans la méthode des sciences morales*, dans *Revue de metaphysique et de morale*, 1907, t XV, p 18-23. — Et plus spécialement, sur la logique et les raisonnements du droit, voy. R Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911, Achter Abschnitt (*Die Praxis des Rechtes*) A-C, §§ 1-13, p. 653-711.

4. Comp., sur l'infécondité de la logique pure (tant comme déduction que comme induction), quand elle met en œuvre les seuls concepts, sans recourir à l'expérience : L Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*. Berlin, 1907, p. 84-87; et, sur la supériorité de l'élément téléologique, qui assurerait seul la valeur de l'élément logique en droit . P Vander Eycken, *Methode positive de l'interprétation juridique*, Paris et Bruxelles, 1907, nos 139-191, p 252-322 — Voy. encore, sur le rôle de la logique dans le droit : J Kohler, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, t. I, Berlin, 1904-1906, § 8, nos IV-VII, p 23-28, chez qui la notion de logique apparaît aussi trop large.

de la connaissance, prise en soi, — notions, idées, concepts, mots, formules, définitions, divisions, classifications, catégories, lois, hypothèses, théories, systématisation, idéalisation transcendante, — convergeant tous vers l'abstraction, la comparaison et la généralisation, dont ils ne sont que des formes ou des dérivés, — qui donnent lieu, dans la critique philosophique des sciences, aux doutes les plus graves sur la valeur épistémologique à leur attribuer et les conditions de leur emploi légitime et efficace. Ce sont eux aussi, dont l'adaptation au droit positif requiert, sous ce double point de vue, un examen attentif.

44. — En effet, pour déterminer le rôle légitime de ces derniers procédés intellectuels dans l'interprétation de la vie, objet primordial de toute discipline, scientifique ou pratique, et spécialement de la vie juridique, qui seule nous intéresse ici, il est essentiel d'être fixé sur leur portée effective : quel secours apportent ces spéculations de l'esprit à notre effort de pénétration des choses, ou, comme on le dit d'une façon plus saisissante peut-être mais moins précise et moins exacte, quelle est la valeur de la science en vue de notre connaissance du monde?

On s'accorde sur un minimum d'efficacité à lui reconnaître avant tout : la science, ou, plus exactement, la procédure intellectuelle, indispensable à toute connaissance, procure à nos investigations un allégement d'efforts, au moyen d'une « *économie de pensée* » [1]. En ce sens, l'abstraction et la généralisation, qui produisent les concepts, les lois, les hypothèses, aboutissent à un aide-mémoire pratique, à une sorte de recueil de recettes, traduites dans les mots, les définitions, les classifications, les catégories, les formules, voire même les théories les plus idéales, qui

1. Voy E Mach, *La mécanique*, trad. E. Bertrand (sur la 4e éd. allemande), Paris, A. Hermann, 1904, chap iv Développement formel de la mécanique, § iv. La science comme économie de la pensée, p 449-464.

abrègent, simplifient, régularisent le travail de l'esprit

Ce minimum d'effet positif ne saurait être refusé à la systématisation juridique, comme on l'attribue universellement à toute systématisation scientifique. Encore restera-t-il à mesurer, aussi exactement que possible, cette « valeur économique », reconnue aux divers moyens intellectuels employés dans l'élaboration du droit positif.

En tout cas, il n'y a là qu'un minimum, qui, s'il était seul admis, restreindrait notablement la portée des spéculations de l'esprit, ne permettrait pas d'en tirer parti pour scruter l'essence des choses, et réduirait le système scientifique (spécialement, pour nous, le système juridique), concentré dans les opérations de l'intellect, à un stérile nominalisme.

Aussi, a-t-on dû se demander si l'emploi des procédés intellectuels n'apportait pas quelque chose de plus au but ultime de la connaissance. Et, pour formuler, de suite, la question en ses termes les plus aigus, n'en résulte-t-il pas une vue ouverte sur l'objectivité des choses, ou, mieux encore, une véritable prise de possession de la réalité et comme une appréhension par l'esprit des objets extérieurs, qu'il s'efforce de pénétrer [1] ? — Question, qui, assurément, excède les limites d'une psychologie purement expérimentale, pour toucher les confins de la métaphysique, mais devant laquelle, pourtant, il nous est impossible de reculer, à peine de renoncer à tout espoir d'éclairer notre marche.

Or, — en dépit des difficultés accumulées autour de ce problème, et des objections idéalistes, phénoménistes, subjectivistes, relativistes, positivistes, qui ont séduit tant de philosophes modernes, — tout ceux, qui collaborent à interpréter les réalités du monde, acceptent, *en fait*,

1. Comp. A. Rey, *L'énergétique et le mécanisme au point de vue des conditions de la connaissance*, dans *Revue philosophique*, 1907-2°, t. LXIV, p. 495-517

la pensée, aussi simple que profonde, de Platon : « ὁ γιγνώσκων γιγνώσκει τι », « celui qui connaît quelque chose » (entendez quelque chose distinct de lui-même pris en tant que sujet connaissant[1]). Aussi bien, comment refuser toute valeur objective à notre science, dans la mesure, où les esprits, suivant les mêmes procédés, s'accordent sur certains résultats positifs[2], et alors, surtout, que la mise en œuvre de ces résultats réussit incontestablement dans la vie pratique? A tout le moins, faut-il déclarer que, si nous ne pouvons le démontrer par des raisons apodictiques, nous devons *croire* fermement[3] à ce principe de l'objectivité de la connaissance scientifique, qui demeure la condition *sine qua non* de l'efficacité de nos efforts[4]. Et pareille attitude s'impose tout particulièrement dans le domaine de la justice et du droit[5].

Dès lors, le seul problème, qui subsiste comme tel, n'est plus qu'un problème de limites, consistant à déter-

1. PLATON, ΠΟΛΙΤΕΙΑ, liv. V, XX, 476.

2. Voy., toutefois, à l'encontre de cette raison, les objections fort spécieuses de G. MILHAUD, *Le rationnel*, Paris, 1908, p. 63-74. — A ces objections, ne peut-on pas répondre, que la variété possible des concepts théoriques, capables d'expliquer les réalités, comporte une limite, et surtout que, les explications fournies n'étant jamais que contingentes (surtout, ce semble, du point de vue de M. G. MILHAUD), leur vérité objective (qui ne peut être que relative) s'appréciera suivant le degré même de leur valeur explicative. Il ne peut s'agir que d'une vérité quelque peu variable, tendant à une limite absolue, sans jamais l'atteindre.

3. Avant tout, « il faut croire à la science ». Claude BERNARD, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, 1865, p. 63. Cpr. p. 119, p. 302-303.

4. Comp. XÉNOPOL, *Leçon d'ouverture du cours sur la théorie de l'histoire*, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1908-1°, t. LV, p. 194-203.

5. Tant au point de vue de l'idée de justice, avec ses développements, qu'à celui de la mise en œuvre pratique du droit, il n'y a pas de jurisprudence (*Rechtswissenschaft*) possible, sans la supposition nécessaire, que l'esprit des hommes est, sous ce rapport, organisé de même sorte. Voy. R. STAMMLER, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 1902, p. 147-148, qui cite, en ce sens, BIERLING et rattache cela aux *idées innées de* LEIBNITZ.

miner dans quelle mesure et à quelles conditions notre procédure intellectuelle permet d'atteindre l'essence des choses, afin de pouvoir cantonner et diriger son action dans la poursuite de cet objectif.

Mais, arrivés à ce point, notre embarras devient extrême. Et la raison profonde me paraît en être que nos modes intellectuels de connaissance, s'ils peuvent réfléchir la réalité, en sont trop essentiellement différents, pour comporter avec elle une commune mesure. — Recourra-t-on à l'inconscient, pour y chercher le *substratum* objectif de la procédure intellectuelle et y trouver comme l'intermédiaire nécessaire entre la réalité et les moyens de l'esprit [1]? Semblable hypothèse, commode peut-être en vue d'éclairer le principe, et que, pour ce motif sans doute, on allègue si fréquemment aujourd'hui, reste, en tout cas, impuissante à fournir aucun résultat quantitatif. — Proposera-t-on de retourner, en quelque sorte, la position normale du problème, et de faire dépendre la réalité de l'idée même, considérée comme seule force active de la vie [2]? Si ce paradoxe téméraire peut apporter quelque secours à l'action, il semble bien impossible de l'ériger en principe directeur de la connaissance. A le tenter, on risque fort de perdre, de gaieté de cœur, la seule base objective de celle-ci; et, au surplus, on demeure sans direction fixe pour obtenir l'adéquation, toujours nécessaire, du réel à l'idéal.

D'un autre côté, prétendrait-on s'en tenir aux éléments de conviction, qui justifient *pratiquement* l'objectivité de

1. Comp. Th. Ribot, *L'évolution des idées générales*, Paris, 1897, p. 147-151, p. 154, p. 251-253. — Rappr., sur le rôle de la conscience subliminale dans l'attitude religieuse : W. James, *L'expérience religieuse*, trad. F. Abauzit, Paris et Genève, 1906, p 198, p. 404, p. 420-427. Cf. préface d'É. Boutroux, p. ix.

2. A. Fouillée, *L'évolutionnisme des idées-forces*, Paris, 1890. — *La psychologie des idées-forces*, Paris, 1893 — *La morale des idées-forces*, Paris, 1906.

la connaissance[1], pour mesurer la valeur de celle-ci suivant les modes et les conditions de son acquisition? — On s'apercevrait sans peine que les résultats de l'accord des esprits ne peuvent être évalués d'une façon sûre et exacte, qu'il paraît même plus que téméraire de les escompter d'avance, pour ce qui est du détail des solutions, en présence des divergences qui subsistent entre les savants et qui justifient l'effort continu de la recherche. — Quant au critérium du succès, il n'est jamais sûr qu'après coup, par conséquent trop tard pour en tirer profit; et, s'il peut suffire à légitimer l'emploi des procédés intellectuels d'élaboration de la connaissance, il ne saurait fournir un instrument précis d'appréciation de leur valeur.

Finalement, il paraît peu utile de pousser plus loin la considération théorique du problème, et tout à fait vain d'y chercher une solution exactement quantitative. Mais, — nous en tenant à la simple observation des éléments de fait qui le dominent, et ne poursuivant que cet objectif pratique : faire contribuer le mieux possible les procédés intellectuels à la pénétration et au progrès des réalités de la vie, — nous pouvons, je crois, obtenir assez aisément, et en minimisant les hypothèses métaphysiques, la *direction* seule vraiment indispensable en vue du but à atteindre

III

45 — Car, ces moyens de la connaissance proprement dite, qui se ramènent essentiellement à *l'abstraction* et à *la généralisation* (appuyée à la comparaison), — bases des concepts et des théories, — ont pu être analysés par une psychologie assez perspicace et assez sûre, dans son objectivité, pour nous donner des résultats, ayant la valeur de faits positifs[2]. Nous savons ainsi que « l'abstraction et la

1. Voy. ci-dessus, p 128 (n° **44**).
2 Th Ribot, *L'évolution des idées générales*, Paris, 1897.

généralisation sont des opérations de l'esprit à évolution complète, contenues en germe dans la perception et l'image, et atteignant, à leur extrême limite, la suppression totale de toute représentation concrète[1] ». On nous a même décrit les phases et les degrés de cette évolution, on en a relevé les différentes étapes, distinguées les unes des autres par des marques objectives, et l'on nous a montré la naissance successive, d'abord, des *abstraits inférieurs*, qui précèdent l'apparition de la parole, suppléent au mot par ses images génériques, se rencontrent parfaitement reconnaissables, en des formes diverses, chez certains animaux, chez les enfants, chez les adultes sourds-muets, puis, des *abstraits moyens*, qui supposent la parole, sans lui attribuer toujours la même importance, les uns dépassant à peine le niveau des images génériques, se réduisant à un schéma vague dont le mot est un accompagnement facultatif et presque superflu, les autres plus décidément placés au-dessus du concret, tendant à substituer le mot devenu indispensable au schéma représentatif de plus en plus appauvri; enfin, des *abstraits supérieurs*, qui, détachés de toute image représentative, se traduisent en idées générales, en concepts purs, où le mot subsiste seul, paraissant même contenir en lui toute la pensée[2]. — Et, ce qui ressort très nettement de cette fine et minutieuse analyse, c'est que, si l'entendement humain, suivant ce qui paraît être la loi naturelle de son développement progressif, s'élève, par échelons, et avec une indépendance toujours plus hardie, par-dessus les réalités concrètes, — en même temps qu'il réduit et unifie la connaissance, il la rend moins sûre de son objet, à tel point qu'arrivé au sommet de son ascension idéale, il tend à réaliser les abstractions, à s'en faire des idoles,

---

1. Th. Ribot, *op. cit.*, p. 99; comp. p. 1.
2. Th. Ribot, *op. cit.*, p. 2, p. 5-154; notamment p. 14-15.

qu'il adore pour elles-mêmes, et après les avoir vidées de tout leur contenu positif [1].

Ces constatations s'expliquent sans peine, puisque l'abstraction, consistant essentiellement à détacher une seule partie d'un ensemble complexe, doit, en raison de la limite imposée par la nature aux efforts intellectuels, aboutir à exagérer cette partie aux dépens du tout, qui constitue la seule réalité vraie, et que la généralisation, qui la complète, ne peut elle-même réussir qu'à la condition de passer outre à la complexité, à la variété, à la fluidité et, pour tout dire, à l'*individualité* du réel. Plus on regarde un seul point, en le fixant et y concentrant toute son attention, plus on oublie l'ensemble dont il fait partie, plus on incline à immobiliser cet ensemble vivant, et à le ramener au seul point envisagé, que l'on grossit artificiellement jusqu'à lui faire absorber le tout, dont il n'est qu'un fragment. Par suite, cette procédure dérive exactement au rebours de la réalité qu'il s'agit de pénétrer. Ainsi, plus l'abstraction se parfait et s'affine, combinée avec la généralisation qui l'accentue et l'étend, moins nous sommes assurés des résultats objectifs que ces opérations offrent à notre esprit. Leur valeur de connaissance varie en raison inverse de la rigueur de leur contact avec la réalité.

Puisque, pourtant, ces procédés intellectuels, et ceux du même ordre, qui les complètent, à titre de modes de connaissance, restent indispensables à nous ouvrir la vue des choses, n'aurons-nous pas quelque moyen de rectifier leur tendance insidieuse, tout en retenant le profit incontestable de leur emploi? — Ce moyen doit consister en une opération complémentaire, qui soit, à la fois, acte de sentiment, d'intelligence et de volonté, bref œuvre de l'homme tout entier, se plaçant, comme tel, en face de la

1. Th. Ribot, *op. cit.*, p. 108, p. 125, p. 172, p. 176, p. 194, p. 197, p. 228-229, p. 240, p. 253.

réalité vivante. Et on l'appellera, si l'on veut, l'*intuition*[1], opération difficilement intelligible, quand on la présente comme le fait de s'installer dans la réalité pour la vivre[2], mais que l'on saisira plus aisément, si l'on n'y voit autre chose qu'un effort constant pour reconstituer, en l'étreignant dans son entier, la réalité, dont l'intellect pur ne peut que détacher des fragments; de façon à en faire un correctif incessant de la procédure strictement abstractive. Et cet effort « compensateur » devra rester d'autant plus énergique et plus intense, que l'esprit, s'élevant au-dessus des faits, tend à en oublier la complexité vivante.

En dépit de ce remède, d'une adaption toujours difficile et d'un succès incertain, la conclusion pratique, qui se dégage le plus nettement de notre examen, est pour nous mettre en garde contre les insuffisances et les dangers des opérations purement intellectuelles et nous suggérer ce critérium directeur, que le péril devient plus grave à mesure que l'abstraction, s'affinant davantage, fait perdre de vue la réalité à discerner. Aussi, le point extrême et, pour ainsi dire, vertigineux, de cette procédure, apparaît-il, quand l'idée, complètement détachée de son objet, se trouve elle-même réalisée, pour vivre d'une vie propre et sans aucun contact avec le réel vivant. A ce point, l'abstraction ne peut plus que jouer le rôle d'un instrument opérant à vide. Et si, à ce titre, elle est encore susceptible de rendre quelques services à la technique, elle ne saurait contribuer utilement à la constitution de la science [3].

---

1. Voy. ci-dessus, p. 80 (n° 26); p. 84 (n° 27); p. 86 (n° 28).

2. Voy. H Bergson, *Introduction à la métaphysique*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1903, t. XI, p. 1-36. — *Adde : L'intuition philosophique* (conférence faite au Congrès international de philosophie de Bologne, le 10 avril 1911), dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1911, t. XIX, p. 809-827.

3. *Adde*, sur l'importance de l'abstraction et sur son caractère artificiel : H. Taine, *Le positivisme anglais. Étude sur Stuart Mill*, Paris, 1864, § II, n° II, p. 113-118; et, pour l'application : n°s III-VIII, p. 119-148.

46. — Ces considérations, qui s'appliquent directement à l'abstraction, à la comparaison, à la généralisation, et atteignent, par elle, les concepts, entraînent des conséquences analogues pour tous les procédés intellectuels de connaissance, dérivant de ces formes générales[1]. — C'est ainsi qu'elles permettent de déterminer la valeur relative de la parole ou du mot, qui éclaire l'esprit et dirige sûrement l'action, tant qu'il reste le signe d'une réalité sous-jacente, seule capable de le vivifier, tandis qu'il est réduit à l'état de pure enveloppe, du moment qu'on le prend en lui-même, séparé de la chose qu'il désigne[2]. — En même temps, elles nous conduisent à distinguer parmi les lois[3], que dégage l'intellect, d'une part, des lois empiriques, correspondant aux formes moyennes de l'abstraction, condensations immédiates de faits, identiques à ceux-ci, complexes comme eux, et, par là même, échappant à toute détermination précise, en revanche fournissant à la recherche une direction assurée, d'autre part, des lois idéales ou théoriques, correspondant aux formes supérieures de l'abstraction, pures constructions de l'esprit, élevé au-dessus de l'expérience, aboutissant à une simplification artificielle, comportant une détermination quantitative, mais n'offrant à l'investigation que des résultats approximatifs[4]. — Sans parler de conclusions, du même genre, — quoique moins précieuses pour nous, ce semble, — quant au concept de cause en vue de la causalité universelle[5],

---

1. Comp., dans le sens d'une critique nécessaire des moules intellectuels du péripatétisme : Paul Geny, *Sur une traduction d'Aristote*, dans *Etudes*, n° du 20 janvier 1908, t. CXIV, p 233-236.

2. Th. Ribot, *L'évolution des idées générales*, Paris, 1897, p 65-125.

3. Il s'agit ici de ce que j'ai appelé les *lois naturelles* ; voy. ci-dessus, p. 43-44 (n° **14**).

4. Th. Ribot, *L'évolution des idées générales*, Paris, 1897, p. 219-229.

5. Th. Ribot, *op. cit*, p. 202-218 — Comp, sur l'incertitude de l'induction, quand, non contente de lier l'effet à la cause, elle prétend généraliser la causalité : J. Lachelier, *Du fondement de l'induction*, 2e éd., Paris, 1896, p. 3-102.

et quant à celui d'espèce avec les classifications [1].

Le développement du même point de vue entraînerait des prolongements infiniment riches, qu'il nous faut condenser en quelques directions, complémentaires des précédentes. — La valeur objective des hypothèses ou des théories apparaît comme devant varier du plus au moins, suivant qu'elles se bornent à représenter les choses ou qu'elles tentent de les expliquer. — L'idéal d'unité, de simplicité, d'immobilité, vers lequel tend toute connaissance, ne semble pouvoir être atteint qu'aux dépens de la vérité, toujours essentiellement variée, complexe et mouvante. — La logique formelle, en elle-même sûre de ses procédés [2], ne saurait étayer un travail efficace à de pures entités intellectuelles, indépendantes des faits. Elle ne donne des résultats féconds, que manœuvrant sur le terrain de la vie et solidement appuyée non à des concepts ou à des symboles, mais à des *principes*, qui ne méritent ce nom que lorsque, sous leurs formules plus ou moins artificielles, se découvrent de véritables *synthèses de réalités*.

Toutes ces conclusions restent, d'ailleurs, cantonnées dans le domaine de la connaissance proprement dite. Dès que l'on passe à l'action, il devient nécessaire de rechercher, si l'usage des opérations pures de l'esprit ne peut constituer une force indépendante, susceptible de modifier la réalité même, en vue des besoins pratiques de la vie.

47. — Il est aisé d'adapter ces directions, fournies par la critériologie générale, au droit positif, dont la procédure intellectuelle a été précédemment décrite [3]. Repre-

---

1. Th. Ribot, *op. cit.*, p. 230-242. — Comp. l'idée, que la théorie physique tend à se transformer en une classification naturelle, d'après P. Duhem, *La théorie physique Son objet et sa structure*, Paris, 1906, p. 34-39; *adde* : p. 32-34 et p. 39-43.

2. Voy. ci-dessus, p 122-123 (n° **43**).

3. Voy. ci-dessus, nos **39-40**, p. 111-114.

nant les diverses phases de celle-ci, nous n'aurons pas de peine à déterminer le crédit, qu'il faut maintenir aux principaux moyens qu'elle emploie, en discernant le danger inhérent à certains d'entre eux et signalant, quand il y a lieu, la possibilité d'y obvier.

La représentation en idées des intérêts, qui se dégagent des réalités psychologiques, sentiments, croyances, volitions, etc., formant le *substratum* de tout problème juridique, s'impose au début de son élaboration. Elle constitue, pour l'esprit, le moyen indispensable de saisir les besoins, auxquels le droit doit donner satisfaction ; et l'équilibre des intérêts, établi sur ces bases, en contact étroit avec les faits, ne dépasse pas les possibilités légitimes de la connaissance.

Mais, dès que l'esprit s'élève au-dessus de cette besogne rudimentaire, dès qu'il entre dans la voie de l'abstraction généralisatrice, qui, à travers mille évolutions, le conduit jusqu'à la systématisation des notions juridiques, parfois érigées en entités indépendantes, la nécessité apparaît de séparer ce qui reste travail légitime de l'intellect de ce qui n'est plus qu'idéalisation vaine et fallacieuse. Et cette séparation s'opère, suivant ce qui a été expliqué plus haut, en tenant compte de la dose de réalité, qu'enferme chaque notion, pour se confier pleinement à celle-ci, en tant qu'elle se borne à traduire le réel en des termes capables de le rendre accessible à l'intelligence et à l'action humaines, et, lorsqu'elle excède ce rôle, ne plus la considérer que comme une simplification psychologique, qui peut valoir seulement à titre de moyen technique pour adapter le droit à la pratique suivant les exigences de la vie [1].

D'après ces vues, les définitions juridiques n'auront de valeur objective que comme définitions de choses, résu-

1. Voy. ci-après, la troisième partie du présent travail.

mant et synthétisant les caractères réels d'une institution d'après les faits, sauf à servir parfois d'instruments pratiques d'adaptation, comme définitions de mots. — Les classifications ne devront être tenues pour pleinement adéquates au but, que lorsqu'elles reposeront sur la diversité de structure intrinsèque des éléments juridiques, à l'image des classifications naturelles dans les sciences de la nature, tandis que les divisions artificielles pourront seulement aider à l'élaboration technique du droit, en y facilitant l'effort de la pensée. — De même, les catégories juridiques n'auront une portée substantielle et profonde, qu'à la condition de marquer les traits généraux d'un précepte, d'une façon, qui permette d'y ramener les réalités par des considérations puisées dans la vie même. Et la systématisation des notions ne puisera elle-même son efficacité épistémologique que dans sa conformité au réel. — Quant à l'idéalisation pure, qui s'épanouit en la construction juridique, il faudra lui refuser décidément toute valeur de connaissance, pour cantonner son influence légitime au domaine de l'action ou de la technique.

Par suite, encore, dans la mesure où l'esprit tendrait à faire œuvre indépendante et propre, l'intuition directe et constante des réalités devra aider le jurisconsulte à corriger et rectifier les excès du pur intellectualisme.

Enfin, — si la logique proprement dite, employée sous son aspect formel, reste assurée de ses conclusions, quand elle met en valeur des *principes juridiques* dignes de ce nom, c'est-à-dire des préceptes synthétisant la réalité même du droit, — appliquée à des entités abstraites, elle doit toujours être maniée avec mesure, et assouplie au moyen d'une considération téleologique, qui forme le pendant de l'intuition [1].

En définitive, toutes les réserves, précédemment faites

1. Comp. ci-dessus, n° **43**, p 122-126.

sur la valeur épistémologique des spéculations intellectuelles en tout ordre de connaissance ou d'action, s'imposent de plus fort au regard du droit positif, que sa nature de discipline morale [1] sépare trop des réalités qui le rendent nécessaire [2]. De la part de l'esprit juridique, la tendance à l'abstraction apparaît d'autant plus dangereuse, qu'appelé à régir la vie, il se croit volontiers supérieur à elle. Le concours de toutes les facultés, le recours au sentiment et à l'action, l'aide constante de l'intuition sont donc, ici, plus qu'ailleurs, nécessaires pour réduire à ses justes limites l'effort strictement intellectuel et laisser place à d'autres puissances plus capables de pénétrer et de diriger le réel.

Pour mieux nous rendre compte encore de l'intérêt et de l'application de cette critique, il suffit de signaler, en deux mots, l'influence, qu'elle pourrait avoir dans la mise en œuvre d'une institution juridique concrète, soit *le droit de succession*, dont l'élaboration par l'esprit a été analysée plus haut [3]. En conservant et suivant toutes les lignes essentielles de la procédure ainsi décrite, nous chercherions à y distinguer soigneusement ce qui représente directement des réalités sociales, besoins ou intérêts des hommes, de ce qui reste œuvre pure de l'esprit. — Ainsi, nous maintiendrions, avec leur pleine portée, comme exprimant sans déformation les intérêts qu'il s'agit d'équilibrer, les notions de testament et d'héritiers, avec les distinctions de ceux-ci en héritiers testamentaires (institués ou légataires), héritiers *ab intestat*, réservataires ou non, héritiers légitimes ou successeurs irréguliers, qui marquent nettement la diversité des situations à régler. — De même, nous tiendrions pour des principes, à développer par toutes les forces de la logique,

1. Voy. ci-dessus, nos **13-16**, p. 42-52.
2. Comp. ci-dessus, p. 121-122 (no **42**).
3. Voy. no **41**, p. 115-119.

sous la direction de leur but, les règles comme celles-ci : les héritiers testamentaires sont normalement appelés avant les héritiers du sang; parmi ces derniers, les parents les plus proches du défunt, héritiers réservataires, limitent l'effet des dispositions gratuites, notamment testamentaires, du *de cujus* [1]; il y a un certain ordre hiérarchique entre les héritiers appelés *ab intestat*, etc. Car, en tout cela, nous ne voyons que des synthèses de réalités avec le minimum indispensable de revêtement conceptuel. — Mais une circonspection extrême s'impose en face des concepts de la *successio in universum jus* ou de la continuation de la personne du défunt par ses héritiers, qui nous éloignent des faits tangibles pour nous transporter dans le domaine idéal. Encore faudrait-il observer pourtant que le premier de ces concepts exprime d'une façon heureuse un ensemble de résultats juridiques fortement liés entre eux et mérite, par suite, d'être accepté, comme notion très utile, sinon indispensable, tandis que le second, ne représentant aucune réalité saisissable, ne se justifierait qu'à titre d'artifice technique, et s'il permettait d'obtenir, par le développement de son contenu, des résultats pratiquement désirables [2]. On ferait aisément des distinctions analogues, relativement aux théories plus menues du droit héréditaire, comme, par exemple, la représentation successorale, qui, dans une certaine mesure, exprime avec bonheur un ensemble d'intérêts nettement spécifiés, et, au delà, tend à dégénérer en fiction téméraire, discutable seulement sur le terrain de la technique juridique [3]. — Et le moyen, le

1. Voy. ci-dessus, p. 124 (n° **43**).

2. Comp. J. Percerou, *La liquidation du passif héréditaire en droit français*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1905, t. IV, p 537-538, p. 540-541, p. 547-548, p. 554, p 571-582, p 589-597, p. 604-611 ; — et dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1910, t. IX, p. 240-241 (Rapport sur *le règlement du passif héréditaire*).

3. Comp. J. Kohler, *Zwei Studien über das sogenannte Repräsen-*

plus assuré, pour opérer ce départ délicat, en même temps que pour résister à l'attrait fallacieux des constructions conceptuelles, serait de se maintenir, par une intuition constante, en face des aspirations, des intérêts et des besoins, — de la famille, de l'État, du défunt, des créanciers, — qui restent à la base de l'institution successorale.

48. — Deux observations paraissent encore nécessaires pour achever d'éclairer cette critique un peu subtile et en assurer le profit.

La première tend à signaler l'importance, en même temps que la difficulté, de séparer les réalités positives de la vie juridique se représentant spontanément à l'esprit, des abstractions qu'elles suscitent, et qui, par la voie du concept, aboutissent à toutes ces opérations spéculatives, dont la défiance nous a paru la condition essentielle de leur emploi légitime dans l'élaboration du droit. L'exercice d'une pareille défiance suppose que nous savons opérer cette distinction, dont la précision n'est pas moins indispensable, pour nous permettre d'appliquer ici le remède adéquat.

Sans doute, nous avons constaté que la séparation, dont il s'agit, revient, à peu près, à discerner le concret de l'abstrait, dans l'ordre juridique. Mais, ce critérium, simplement approximatif, d'ailleurs, ne fournit pas une base d'appréciation nette, vu l'impossibilité, où nous sommes, de saisir les choses, qui nous sont extérieures, sans un minimum d'abstraction, faute duquel nous restons désemparés devant la complexité infinie et la mobilité incessante de la vie.

Il paraît donc que, sans prétendre du reste à réaliser

---

tationsrecht, dans *Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Civilrecht*, Mannheim, 1883, p. 367-421.

une séparation rigoureuse, au fond impossible, nous nous rapprocherons plus de la vérité des choses et du but à atteindre, si nous nous attachons, pour en dégager le signe caractéristique, à un élément plus aisément saisissable et plus rapproché du contenu même du droit positif. — Or, celui-ci, ayant pour objet propre de trancher les conflits d'intérêts humains, suivant un idéal de justice, les réalités proprement juridiques ne sauraient consister, ce semble, que dans ces intérêts eux-mêmes, qualifiés d'après la valeur sociale, qui doit fixer leur prépondérance respective, en les rattachant à l'une des fins de l'humanité : intérêts de l'ordre moral, de l'ordre religieux, de l'ordre politique, de l'ordre économique, tels qu'ils apparaissent au sein de la vie sociale, sous la forme de croyances, de désirs, de sentiments, qui se manifestent souvent par des actes ou des faits sensibles. — Il est bien vrai que la perception même de ces intérêts ne se peut faire sans un élément de représentation conceptuelle, qui les rende saisissables au jugement nécessité par la règle juridique[1]. Mais, nous pouvons considérer qu'ils conservent leur caractère de réalités, tant que cette représentation subsiste, en quelque sorte inconsciente et rudimentaire, à la mesure strictement essentielle pour mettre notre puissance d'agir en contact avec la vie, de telle sorte qu'ils ne pénétreraient dans la zone dangereuse de la spéculation pure, qu'à partir du moment où l'esprit, jouet de son action propre, y appliquerait ses facultés de décomposition schématique et d'analyse, qui, démembrant

1. Les protagonistes, les plus hardis, des tendances anti intellectualistes de la « philosophie nouvelle », reconnaissent eux mêmes que l'appréhension des réalités morales exige un minimum indispensable de représentation conceptuelle — Voy., par exemple : Ed. Le Roy, *Dogme et critique*, 4e éd , Paris, 1907, notamment, p. 95 ; et controverse entre Ed Le Roy et Dunois, dans *Revue du clergé français*, n° du 15 octobre 1907, t LII, p 212-214 et p. 223 — Comp., pour ce qui concerne spécialement le droit : R Saleilles, *De la personnalité juridique*, Paris, 1910, p 603-606, p. 621-624.

et fixant les choses jusqu'alors complexes et fuyantes, les coupe, par là même, de leur attache intime avec la vie[1].

Si la distinction paraît délicate à préciser théoriquement, elle s'appliquera assez aisément, dans les faits, moyennant quelque bonne volonté et un certain doigté résultant de l'usage, à condition surtout que l'on veuille bien considérer qu'il ne s'agit pas d'une séparation tranchée de procédés, mais d'une simple divergence de tendances, parfaitement suffisante au but. — Ainsi, — pour reprendre encore notre exemple tiré du phénomène juridique de la succession après décès[2], — quand, à la suite de la mort d'une personne, nous constatons que ses biens sont devenus sans maître, quand nous envisageons les prétentions diverses qui se posent et se combattent à ce sujet, quand nous pesons le pour et le contre des raisons proposées respectivement à leur appui, quand nous reconnaissons que telle prétention mérite de l'emporter, et quand, finalement, nous déclarons que ce triomphe se réalise par une mise en possession des biens du défunt, subordonnée à telles ou telles modalités et charges, nous ne sortons pas du domaine des réalités juridiques et nous restons assurés de la valeur de nos procédés intellectuels, parce que nous n'avons affaire qu'à des intérêts tangibles, tandis que nous pénétrons sur un terrain plus mouvant,

---

1. Il ne s'agit ici, pour nous, que de présenter une notion pratique de la réalité, à notre point de vue restreint de jurisconsultes. — Sur une notion philosophique de la réalité, envisagée d'un point de vue plus général, on trouvera un essai de précision intéressant, dans Ed. Le Roy, *Dogme et critique*, 4e éd., Paris, 1907, p. 157-159, qui résume là les principaux résultats de ses travaux antérieurs. — Rappr. l'opposition du *fait brut* et du *fait scientifique*, d'après Ed. Le Roy, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1899, t. VII, p. 514-518 (*Science et philosophie*), et 1901, t. IX, p. 145-146 (*Un positivisme nouveau*), critiqué par H. Poincaré, *La valeur de la science*, Paris, 1905, p. 221-235; — ou, mieux peut-être, celle du *fait brut* et du *fait défini*, suivant D. Parodi, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1908, t. XVI, p. 107.

2. Voy. ci-dessus, n° **41**, p. 115-119.

où il nous faut tenir en suspicion les concepts, dès que nous analysons la nature du droit de succession en vue d'en découvrir le fonds substantiel et d'en prolonger les conséquences, poussés par le désir d'une construction une et homogène, qui satisfasse avant tout les aspirations pures de notre esprit.

Les conclusions de cette observation ne demandent qu'un prolongement assez simple pour en suggérer une seconde répondant à une question fort voisine : comment caractériser, en l'opposant aux spéculations de l'esprit, qui gravitent autour de l'abstraction et de l'analyse par concepts, ce moyen plus réaliste, qui nous a paru le correctif nécessaire des excès de l'intellectualisme juridique et que nous avons appelé l'*intuition* [1] ? — Ici encore, nous dirons, d'abord, qu'il ne saurait s'agir d'une distinction à arêtes vives, que l'intuition n'est pas possible sans quelque action de l'intelligence, que, d'ailleurs, tout acte purement intellectuel sort lui-même de l'intuition par un raffinement de pensée qui ne marque que la tendance à une précision plus grande.

Au fond, l'intuition nous apparaît comme une sorte de vue de l'esprit sur les choses prises dans leur complexité mouvante et, pour ainsi dire, dans leur vie, sans effort d'analyse, mais, bien plutôt, avec un effort tout inverse, tendant à maintenir sous un seul regard l'intégralité fuyante du réel [2]. Et, comme il ne s'agit là que d'une ten-

---

1. Sur la notion de l'intuition, envisagée d'un point de vue philosophique plus général, voy. G. Dwelshauvers, *La synthèse mentale*. 1908, p 37-51 (chap. I, § 3) et p 242-251 (appendice III) — *Adde :* G. Marcel, *Les conditions dialectiques de la philosophie de l'intuition*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1912, t. XX, p 638-652.

2 Comp. H Bergson, *Introduction à la métaphysique*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1903, t XI, p. 1-36, *passim*. — Mais il faut observer que l'intuition bergsonienne n'est proprement, comme on l'a dit (A. Chaumeix, *La philosophie affective*, dans *La Revue hebdo-*

dance, il sera assez aisé d'y viser, en considérant toujours les faits et circonstances, donnant lieu aux problèmes juridiques, par leurs côtés sensibles et concrets.

C'est en forçant quelque peu cette idée, pour lui donner une forme plus humoristique que pratique, que R. von JHERING nous a jadis vanté le musée et la clinique juridiques[1]. Il se rapprochait mieux des possibilités d'application, quand il nous montrait l'historien du droit romain évoquant, au coin de son feu et dans la fumée d'un cigare allemand, les réalités de la vie romaine, qui avaient dû donner lieu aux conflits d'intérêts proposés aux jurisconsultes et résolus par le droit[2].

Pour nous en tenir à un degré de réalisation encore plus aisé, nous dirons simplement que les problèmes juridiques ne doivent pas, dans l'étude qu'on en fait, être détachés des événements de la vie qui les font surgir C'est ce qui justifie, pour la formation des jurisconsultes et les progrès mêmes du droit, les études minutieuses de jurisprudence[3], mieux encore, le dépouillement des dossiers, l'analyse des formulaires, la lecture d'actes de la pratique, notamment d'actes (notariés surtout) de liquidation et de partage, où apparaissent des séries de situations juridiques à débrouiller[4].

Et, alors même que ces moyens un peu matériels nous échapperaient, — comme pour les grandes questions générales, — il nous serait toujours possible de considérer l'ensemble du problème, d écarter les vues unilatérales,

---

madaire, n° du 24 août 1912, XXIe année, n° 34, p 558), qu' « un instrument pour métaphysiciens ».

1. R von JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 3e éd., Leipzig, 1885, p. 79-92

2 ID., *ibid.*

3 Comp. A ESMEIN, *La jurisprudence et la doctrine*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p 5-19, surtout p. 11-16.

4 Comp P APPLETON. *La méthode juridique et le rôle de la pratique dans l'enseignement* (discours à la conférence du stage des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, le 7 décembre 1911), Paris, 1912, p. 17-30.

d'essayer, par un effort constant de concentration de la pensée, de retenir sous ses yeux, comme en une vue cinématographique, l'intégralité mouvante du phénomène. C'est ainsi, par exemple, qu'en étudiant le problème juridique soulevé par la succession après décès [1], il est essentiel de tenir incessamment conjugués et de suivre, en toutes leurs évolutions, les divers intérêts en présence, de façon à les balancer exactement dans l'appréciation de la satisfaction qui est due à chacun d'eux.

En définitive donc, nous reconnaîtrions là un acte intellectuel *sui generis*, différent des autres par une réaction décidée contre les tendances de l'esprit à dissocier et fixer les choses. Et, si nous ne pouvons absolument stéréotyper l'intuition, nous la caractérisons comme une sorte de retour de l'intellect a l'instinct, et comme une lutte de notre moi vivant pour échapper aux résultats dissolvants de l'analyse par concepts au moyen d'une appréhension naturelle des réalités.

IV

49. — Les explications, qui précèdent, si elles nous ont mis en garde contre les insuffisances et les périls d'un intellectualisme exclusif et rigide, en nous rappelant la pression impérieuse des réalités juridiques objectives, n'ont pu cependant nous convaincre de la possibilité de scruter ces réalités mêmes sans le concours de l'intelligence. L'intervention de cette faculté, s'imposant en tous domaines de connaissance et d'action, apparaît, nous l'avons vu, prédominante dans la sphère du droit positif, qui tend essentiellement à dégager et à maintenir en la vie sociale un ordre intelligible [2].

Aussi paraît-il opportun, — après avoir reconnu les limites nécessaires des opérations intellectuelles dans l'éla-

1. Voy. ci-dessus, n° 41, p. 115-119.
2. Comp. ci-dessus, p. 102, texte et note 1 (n° 35).

boration du droit, — de nous arrêter à quelques-uns de leurs élèments, en cherchant à caractériser les conditions auxquelles paraît subordonnée leur efficacité pratique, soit qu'il s'agisse de pénétrer le *donné* de la vie juridique (science), soit qu'on prétende organiser celle-ci par un effort quelque peu *artificiel* (technique).

C'est en me plaçant à ce point de vue très modeste et très spécial, et en me référant, pour le surplus, aux résultats acquis en psychologique et en logique générales[1], que je voudrais très brièvement passer en revue — comme les plus caractéristiques, pour le progrès du droit, entre les instruments de la pensée — le concept ou la notion, le mot et la formule, les définitions, les divisions ou classifications, les jugements et les raisonnements, les constructions de l'esprit se traduisant en hypothèses ou en théories, — pour arriver enfin à spécifier, sous son aspect intellectuel, la vérité juridique.

50. — Au premier rang de ces outils intellectuels, et comme synthétisant, au mieux, le travail d'abstraction qui reste leur source commune, se présente le *Begriff* des juristes allemands, dont le rôle est capital dans le domaine de la pensée juridique, comme de toute réflexion profonde sur le monde et les choses. C'est, en effet, la démarche fondamentale de l'esprit, mis aux prises avec les réalités. complexes et fuyantes, de la vie, dont il

1. Je renvoie notamment aux travaux, si intéressants et si insuffisamment connus en France, des grands logiciens allemands, J.-E. Erdmann, H. Lotze, C. Sigwart, W. Wundt, dont on trouvera, sous forme de vulgarisation, un résumé, nettement adapté aux besoins de la jurisprudence positive, dans K.-G. Wurzel, *Das juristische Denken*, Wien, 1904, p. 36-40 — *Adde* G. Rumelin, *Juristische Begriffsbildung*, Leipzig, 1878, étude, dont le contenu réel dépasse ce que semble annoncer son titre. — Comp., sur le rôle des opérations intellectuelles dans la formation des sciences mathématiques, physico-chimiques, biologiques : É. Picard, *La science*, dans *La Revue du mois*, n° du 10 février 1908, III^e^ année, p. 136-142; et, pour l'application, p. 142-148. — Rappr. ci-dessus, p. 108, texte et note 1 (n° 37)

cherche la loi ordonnatrice, d'ériger la représentation, qui se fait chez lui de tel ou tel aspect de ces réalités, — depuis les fractions les plus infimes jusqu'à l'ensemble [1], — en une entité purement idéale, à laquelle puisse s'appliquer utilement son effort de connaissance. D'où nos dénominations de *notion* ou de *concept*, pour désigner, tantôt par son résultat, tantôt par la manière de l'atteindre, cette entité, qui n'est autre que l'idée générale de l'objet proposé au travail de l'esprit [2].

Sans essayer de pénétrer, ici, la façon mystérieuse dont s'élaborent les concepts [3], nous constaterons, du moins, comme un fait incontestable, l'intervention constante du procédé dans tout effort de connaissance, dirigé en vue de l'action [4]. Aussi, le trouvons-nous, à chaque pas, dans le *processus* de l'élaboration juridique [5]. Cette constatation de fait suffirait à justifier la nécessité inéluctable du concept dans les investigations du jurisconsulte.

Mais, du point de vue strictement pratique où nous nous sommes placés, il nous importerait de connaître et

---

1. Aussi les concepts sont-ils en nombre infini et de portée variable.

2. Comp. E. Goblot, *Le concept et l'idée*, dans *Scientia*, 1912, t. XI, p. 101-114.

3. Voy. quelques indications élémentaires, appliquées à la formation des concepts juridiques, dans G. Rümelin, *Juristische Begriffsbildung*, Leipzig, 1878, p. 8-19; et, sur la hiérarchie de ces concepts, *ibid.*, p 33-34, p. 36-38. — *Adde*, d'un point de vue plus général : W. Ostwald, *Zur Theorie der Wissenschaft*, dans *Annalen der Naturphilosophie*, 1904, t. IV, p. 6, p. 20. — *Esquisse d'une philosophie des sciences*, trad. Dorolle, Paris, 1911, p 11-12, p. 16-24, p 60-62.

4. Sur le concept dans les sciences de la nature, voy. notamment E. Mach, *Erkenntnis und Irrtum*, 2e éd., Leipzig, 1906, *Der Begriff*, p. 126-143; cpr. p. 114-115; et, dans la traduction de M Dufour, *La connaissance et l'erreur*, Paris, 1908, p. 133-153; cpr. p. 122-123. — Voy. aussi H. Rickert, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung. Eine logische Einleitung in die historischen Wissenschaften*, Tübingen und Leipzig, 1902.

5 Sur l'utilisation du *Begriff*, dans le droit, en vue de sa rectitude et de sa fécondité, voy. K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I. Band Einleitung. Abhandlung I. Das Naturrecht der Gegenwart, Leipzig, 1892, p. 83-89.

les conditions de validité de l'opération et les limites de son efficacité pour le progrès du droit positif. Dans ce but, il nous faut, avant tout, chercher à caractériser sa portée intrinsèque, d'une façon précise

Or, le concept apparaît principalement comme le résultat d'un effort de l'esprit, en vue de saisir, dans une représentation prédominante, l'essence logique des choses [1]. Et, comme cette essence logique ne se peut dégager, pour l'esprit, que d'une comparaison avec les idées préacquises de choses déjà connues et même devenues familières à la pensée, pour, — à côté des différences qui séparent l'objet à connaître de l'objet connu, — relever surtout l'identité des points qui les rapprochent, la vertu du concept réside fondamentalement dans l'analogie qu'il manifeste [2]. — Cette analogie offre une nature variable suivant la variété de nature des concepts eux-mêmes; et, dans le concept juridique, elle devra s'appliquer à un critère intéressant pour le règlement extérieur de la conduite humaine sous la sanction sociale [3].

Quoi qu'il en soit, pareil procédé aboutit à sacrifier les réalités morales, économiques, sociales, qui constituent le fonds matériel et comme le contenu effectif de la vie juridique, à des signes, purement logiques, qui n'en révèlent qu'un aspect tout formel. Il se justifie pourtant par la valeur propre de ce revêtement logique, qui, seul, permet à l'esprit d'appliquer aux choses ses facultés de

1. Comp. K.-G Wurzel, *Das juristische Denken*, Wien, 1904, p 39-40. — Voy. aussi E. Mach, *Erkenntnis und Irrtum*, Leipzig, 1906, p 132-133 (n° 7), qui fait observer que ce résultat est obtenu par l'abstraction conduisant à la schématisation. Le même, *ibid.*, p. 126-128 (n°s 1-2), insiste, avec raison, sur le *long développement* nécessaire à la formation du concept. — *Adde* quelques vues intéressantes, dans un sens analogue, de É Picard *(La science)*, dans *La Revue du mois*, n° du 10 février 1908, III[e] année, p. 136-139.

2 Comp J.-B. Stallo, *La matière et la physique moderne*, 2[e] éd , Paris, 1891, p 96-99 — *Adde* E Mach, *La connaissance et l'erreur*, trad. M. Dufour, Paris, 1908, p. 227-236.

3. Voy. ci-dessus, n° **16**, p. 47-52

pénétration et de mise en œuvre, et sous lequel apparaît, comme on l'a dit, un véritable « savoir potentiel » [1]. — Mais sa validité reste subordonnée à cette condition essentielle, que la portée de son application ne dépasse pas la sphère logique, au delà de laquelle il resterait sans légitimité [2]. — Or, il semble qu'il y aurait là la source d'une véritable impossibilité d'utilisation du concept, qui ne peut servir à la pratique qu'à condition de s'adapter à la réalité vivante, si l'on n'admettait, par une sorte de postulat invincible, comme une harmonie préétablie entre l'essence logique des réalités juridiques (comme de toutes autres réalités sociales) et la portion de vie qu'elles contiennent [3].

Toutefois, si semblable postulat suffit à justifier le concept comme moyen intellectuel de pénétration des choses, il ne saurait, à lui seul, en garantir la valeur, dès qu'il s'agit d'user du procédé, pour fixer les règles nécessaires à la direction de la vie juridique. — Sous ce dernier rapport, qui exige un effort dynamique, le concept ne peut être employé que comme un procédé artificiel, à titre de moyen purement technique de mise en œuvre des réalités juridiques, et à condition de ne jamais perdre de vue que, si la logique peut parfois aider à organiser la vie, celle-ci lui reste supérieure par la multiplicité et la variété de ses exigences [4].

---

1. Expression de S Stricker, rapportée par E. Mach, *Erkenntnis und Irrtum*, 2e éd., Leipzig, 1906, p. 114. — Voy., d'ailleurs, à cette place, tout le n° 5, p 114-115; et, dans la traduction française de M. Dufour, *La connaissance et l'erreur*, Paris, 1908, p. 122-123.

2 Comp. J.-B. Stallo, *La matière et la physique moderne*, 2e éd , Paris, 1891, p 99-103 — Sur les faiblesses et les infériorités du concept, voy H Bergson, *Introduction à la métaphysique* dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1903, t XI, p. 6-9, p. 16-17, p. 20-21, p. 30.

3. Sur le point de savoir, si, et dans quelle mesure, la *concevabilité* est une preuve de *réalité*, au moins possible, cons. J.-B Stallo, *op. cit.*, p. 103-111.

4 Comp. G. Rümelin, *Juristische Begriffsbildung*, Leipzig, 1878.

Sous le bénéfice de ces observations, nous maintiendrions au concept sa place nécessaire dans l'élaboration du droit positif, bien décidés à l'assouplir et à en modifier le contenu, suivant l'évolution même des réalités qu'il traduit[1]; — comme il serait facile, si nous n'étions limités par le temps et la place, d'en faire l'application, soit au rapport de droit et à ses éléments[2], soit au droit subjectif et à ses mille variétés, soit, de façon générale, à toute fraction de la vie sociale, tombant sous la prise du jurisconsulte[3].

51. — Mais le concept ne jouerait que fort incomplètement son rôle, s'il subsistait toujours dans l'esprit comme forme purement idéale de son activité, sans s'incorporer extérieurement en un instrument capable d'organiser pratiquement la vie. Pour leur donner la fixité et la consistance indispensables à une action efficace sur les réalités, il faut, les coulant dans le moule de la *parole* ou du *langage*, faire passer les concepts en mots et en formules.

Le *mot*, qui exprime le concept dans son unité et sa simplicité, la *formule*, qui en traduit l'agencement et la combinaison avec d'autres concepts, pour en faire un ensemble plus complet, nous apparaissent donc aussi comme prenant part à l'élaboration des réalités juridiques

---

p. 12-13. — Voy. aussi, R. MÜLLER-ERZBACH, *Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt*, Berlin, 1905, p. 96-97.

1. Comp. O. GIERKE, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien*, dans *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1874, p. 153 et s., p. 265 et s.

2. Voy. ci-après, la troisième partie de ce travail.

3. Comp., sur la formation et le rôle du concept juridique : S. SCHLOSSMANN, *Die Lehre von der Stellvertretung*, I, Leipzig, 1900, p. 26-33. — P. ELTZBACHER, *Ueber Rechtsbegriffe*, Berlin, 1900 (complexe et intéressant). — M. SALOMON, *Das Problem der Rechtsbegriffe*, Heidelberg, 1907 (très flou). — Voy. aussi R. STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911, Vierter Abschnitt, *Die methodik des Rechtes*, A-B, §§ 1-11, p. 263-321, et, pour une application : Erster Abschnitt, *Der Begriff des Rechtes*, p. 39-113.

dans l'intelligence. A vrai dire, ce ne sont pas seulement des instruments passifs au service de la pensée. Le langage aide puissamment au développement précis et réglé des concepts, et la rigueur, qu'il leur assigne, rencontre comme une rançon dans l'élasticité et la souplesse, qui permettent aux mots eux-mêmes de s'adapter sans cesse à de nouvelles représentations [1]. En cela réside, d'ailleurs, le principal écueil de ce mode de reproduction et de communication des idées [2]. Il illusionne, par sa fermeté apparente, alors que, derrière la même enveloppe, immobile et raide, peuvent se dissimuler des pensées diverses, flottantes, infiniment nuancées et molles [3].

Pourtant, dans le domaine juridique, où la certitude et la précision des règles apparaissent comme une garantie nécessaire de la sécurité des intérêts, le mot et la formule restent des agents indispensables de progrès, à la condition, toutefois, qu'on ne leur demande pas plus que de servir de simples intermédiaires entre les esprits, sans leur prêter un rôle de transmission directe qu'ils sont impuissants à remplir [4], que, tout en tenant compte du « savoir potentiel », que leur communique leur participation aux concepts, on se garde de les confondre avec

---

1. Comp. K.-G. Wurzel, *Das juristischen Denken*, Wien, 1904, p. 40.

2. E Mach, *Erkenntnis und Irrtum*, 2e éd., Leipzig, 1906, p. 128 (n° 3), a bien signalé l'écueil et indiqué, en même temps, une circonstance qui tend à stabiliser le sens des mots.

3 P Pont, *Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, 2e éd., t. I, Paris, 1884, p. 6, parle « des perversions fréquentes de la langue du droit ». Cpr , d'un point de vue général : W. Ostwald, *Zur Theorie der Wissenschaft*, dans *Annalen der Naturphilosophie*, 1904, t. IV, p. 20 — *Esquisse d'une philosophie des sciences*, trad. Dorolle, 1911, p. 85-88.

4. Voy., à cet égard : R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, II Theil, 2 Abtheilung, 4e éd., Leipzig, 1883 (§ 44), p. 444-446; trad française de Meulenaere. *L'esprit du droit romain*, t. III, 3e éd., Paris, 1887 (§ 49), p. 137-138. — *Adde* : S. Schlossmann, *Der Vertrag*, Leipzig, 1876, p. 240-243.

ceux-ci, moins encore avec les réalités elles-mêmes [1], enfin, qu'on sache, au besoin par des artifices et des conventions, protéger la rigidité inflexible, qui en fait le prix, contre la malléabilité insidieuse de la vie [2].

Tout ceci se résume à dire qu'une sémantique sagace, pénétrante et avisée — élément capital du développement juridique — sera plutôt encore affaire de technique qu'œuvre d'investigation proprement scientifique [3]. Et l'on en ferait aisément l'épreuve, si l'on cherchait à préciser la signification de certains vocables usuels du langage juridique, tels que les mots personnes, choses, droits, actions, patrimoine, actes juridiques, faits juridiques, disposition, administration (simple, libre, pure), etc., ou de formules comme celles que présentent la plupart des adages juridiques (par exemple : En fait de meubles, possession vaut titre) [4].

52. — Le moyen normal, de fixer la signification des mots, et, par là, d'encadrer les concepts, qu'ils désignent, par rapprochement et opposition avec le « déjà connu », se rencontre dans la définition, qui, en matière de droit, sera la définition juridique, instrument capital, tant pour avancer la connaissance des préceptes, que pour en assurer l'action [5].

---

1 Comp ci-dessus, nos **44-48**, p. 126-145.

2. Comp F. Geny *(La technique législative dans la codification civile moderne)*, dans *Le Code civil, Livre du centenaire*, 1904, p. 999-p. 1000-1001, p. 1006, p. 1014-1017, p. 1020-1022, p. 1024-1027, p. 1028-1030, p. 1034-1037.

3. Comp. ci-dessus, nos **33-34**, p. 96-100.

4. Comp., sur l'expression juridique *(der rechtliche Ausdruck)* : R Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911, Siebenter Abschnitt, A, §§ 3-5, p. 565-581 ; et, sur le mot *(Wort und Gedanke beim Recht)*, *ibid.*, C, § 10, p 600-609

5. Voy., sur la définition, au point de vue de la logique générale, H. Taine, *Le positivisme anglais. Étude sur Stuart Mill*, Paris, 1864, § I, n° III, p. 31-39 et § II, n° III, p. 119-122. — Et, spécialement, sur la définition juridique, cons. W. Wundt, *Logik*, 2e éd., B. II, Abth. 2

Les règles générales, que la logique impose à toute définition, doivent être soigneusement observées ici. Par suite, la définition juridique sera d'autant plus parfaite, qu'elle analysera plus complètement la compréhension de l'idée à fixer, en la rattachant à un genre prochain (supposé préalablement connu), pour l'en séparer par la différence spécifique, qui marque l'individualité propre de l'objet à définir. — D'ailleurs, dans l'impossibilité pratique, où l'on se trouve, d'épuiser l'intégralité du concept, qu'il s'agit de déterminer, un choix s'imposera entre ses signes, dont les plus caractéristiques fourniront seuls la définition [1]. Et le jurisconsulte procédera volontiers par tâtonnements, pour, étant parti d'une simple définition de mot, empruntée à l'usage vulgaire, aboutir, en une série d'affinements successifs, à une véritable définition de chose, résumant toute l'élaboration intime, qui s'est faite, en lui, du concept [2].

Au vrai, les *définitions juridiques* semblent tenir le milieu entre les *définitions*, dites *géométriques*, dont l'objet, étant une construction *a priori* de l'esprit, se fixe, en quelque sorte, lui-même et d'un seul coup, et les *définitions* purement *empiriques*, déduites *a posteriori* des choses elles-mêmes et n'ayant de valeur que suivant leur conformité, toujours approximative, à celles-ci [3]. Comme les dernières, les définitions juridiques seront toujours

---

(vol. III), 1895, p 580 et p. 583. — Voy. aussi R Stammler. *Theorie der Rechtswissenschaft*. Halle, 1911, Vierter Abschnitt, § 14 *(Rechtssatz und Definition)*, p. 318-323, cpr. §§-12-13, p. 311-318 et §§ 15-17, p. 324-336

1. Comp. G. Rümelin, *Juristische Begriffsbildung*, Leipzig, 1878, p. 22-23, p. 39. — Et, voy., à un point de vue plus général, sur la variabilité des réactions (ou éléments), qui peuvent servir à constituer la définition : E. Mach, *Erkenntnis und Irrtum*, 2e éd , Leipzig, 1906, p 129-130 (n° 4).

2. Sur la pratique du procédé, voy G. Rümelin, *Juristische Begriffsbildung*, Leipzig, 1878, p 12, et surtout p 14-16.

3. Cons ici L. Liard, *Des définitions géométriques et des définitions empiriques*, Paris, 1874, nouvelle édition, 1888.

provisoires et indéfiniment perfectibles; mais, une fois établies, on doit les tenir pour des principes de connaissance ou d'action, à l'image des concepts, qu'elles expriment, et au même degré qu'eux [1].

Et, si l'on voulait éprouver la valeur, non seulement didactique, mais hautement dogmatique et même efficacement pratique, de définitions bien posées, et, pour ainsi dire, pleines et drues, il ne serait besoin que de relever l'emploi, à la fois saisissant et fécond, qui en est fait dans le *Lehrbuch des Pandektenrechts* de WINDSCHEID, ou dans le *Cours de droit civil français* d'AUBRY et RAU. Citons seulement, chez ces derniers auteurs, à titre d'exemples, la définition de la propriété, celle du patrimoine, celle du mariage [2].

La *division* des notions intervient souvent dans l'exposition du droit, pour prolonger et compléter une définition principale, en démembrant son objet et préparant ainsi son développement méthodique, au moyen de définitions subordonnées. Pareille opération ne prend un caractère vraiment rationnel et logique, ne devient proprement une *classification*, que si elle part des objets mêmes, qu'elle vise à grouper d'après leurs caractères communs [3]. En effet, elle ne doit pas servir seulement à mettre un ordre artificiel dans les concepts juridiques, mais plutôt encore, en révélant leurs ressemblances et leurs différences, à permettre, au droit positif, un emploi judicieux et sûr de l'analogie.

---

1. Comp. ce qui est dit, de l'élaboration des concepts juridiques par le législateur, daus : G. RÜMELIN, *Juristische Begriffsbildung*, Leipzig, 1878, p. 12-13.

2. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, § 190 *initio*, t. II[5], p. 255-256 (propriété); § 450, *initio*, t. V[4], p. 5 ou t. VII[5], p. 5-6 (mariage); § 543 *initio*, t. VI[4], p. 229 (patrimoine).

3. Sur la classification juridique, voy., W. WUNDT, *Logik*, 2[e] éd., B. II, Abtheilung 2 (vol. III), 1895, p. 581 et 585 — Comp R. STAMMLER, *Theorie der Rechtwissenschaft*, Halle, 1911, Fünfter Abschnitt, A (*Die reinen Einteilungen des Rechtes*), p. 369-384.

Pour remplir ce dernier rôle, la *classification juridique* doit tendre à devenir *naturelle*, en ce sens qu'elle manifeste les caractères vraiment décisifs des règles, d'après les réalités morales, politiques, économiques, ou sociales, qu'elles gouvernent [1]. — Il n'en reste pas moins que, ne saisissant ces caractères que par le moyen des concepts qui les représentent, la division ou classification sera, en droit, un instrument principalement technique, qui fasse entrer les réalités en des cadres destinés à en préciser les contours et à rendre plus aisée et plus sûre l'adaptation de la discipline juridique à la vie (catégories juridiques) [2].

Si pareil instrument se légitime comme répondant aux exigences de l'esprit, il ne vaut que dans un emploi conforme à sa nature (danger des classifications purement apparentes ou fausses) et avec les limites que lui assigne son but (danger de l'excès des classifications, aboutissant à un morcellement purement formel).

Ces indications, forcément sommaires, trouveraient une illustration instructive dans l'examen critique, qu'on pourrait faire, à ce point de vue, soit des principales divisions des choses; — en corporelles et incorporelles, meubles et immeubles, fongibles et non fongibles, consomptibles ou non, principales ou accessoires, — si fréquemment utilisées par les jurisconsultes, soit, mieux encore, de la classification, réputée capitale, des droits

1. Voy. ci-dessus, p. 137 (n° **47**). — Comp., pour les classifications dans les sciences sociales : R. Worms, *Philosophie des sciences sociales*, t. II. *Méthode des sciences sociales*, Paris, 1904, chap. xviii, p. 210-220.

2. Voy. ci-dessus, p. 148-149 (n° **50**). — Comp. W Ostwald, *Esquisse d'une philosophie des sciences*, trad Dorolle, Paris, 1911, p. 4 : « Ainsi, nous avons reconnu que ces questions de classification ne portent pas sur ce que l'on dénomme « l'essence » des choses, mais *il s'agit de dispositions purement pratiques pour dominer plus facilement et avec plus de succès les questions scientifiques*. C'est là un point de vue de la plus haute valeur, dont la portée va beaucoup plus loin qu'il ne paraîtra ici à sa première application ». — Comp *ibid.*, p. 64-73.

patrimoniaux en droits réels et droits de créance, avec toutes les modifications, atténuations, complications, ou subdivisions, qu'elle peut comporter [1].

53. — Les concepts, les mots et les formules, les définitions, les divisions ou classifications, juridiques, resteraient dépourvus de fécondité sérieuse sans les jugements (au sens philosophique du mot) et les raisonnements, qui, seuls, les peuvent mettre en valeur [2]. — Ne prenons ici que les raisonnements, envisagés comme les instruments indispensables à toute appréciation critique de droit positif.

Parfois, ces raisonnements consisteront en inductions, qui, des réalités elles-mêmes, tendraient à dégager les principes aptes à les régir. Mais l'induction, dont le rôle est capital pour la preuve des faits soumis au droit [3], suffit rarement à constituer les principes, dont la source est supérieure aux faits [4]. — Et, soit qu'il trouve des règles toutes formulées par une autorité extérieure (lois, coutumes), soit, qu'à défaut de ce secours formel, il ait, pour se donner une base ferme, à interroger la raison et la conscience, le jurisconsulte part généralement de préceptes, dans la formation desquels le raisonnement ne tient qu'une bien faible place. Mais, ces principes étant acquis, il s'agit de les développer; et, tant pour les interpréter à l'aide de concepts généraux, que pour déterminer les faits, qui tombent sous leur décision, la *déduction de*

---

1 Voy. ce qui pourra être dit, sur cette classification, dans la troisième partie de ce travail. — Comp. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911, p 405-443

2. Comp. W. OSTWALD, *Zur Theorie der Wissenschaft*, dans *Annalen der Naturphilosophie*, 1904, t IV, p. 25. — *Esquisse d'une philosophie des sciences*, trad. DOROLLE, Paris, 1911, p. 24-28.

3. Comp. W. WUNDT, *Logik*, Band II, Abtheilung 2 (vol III), 2e éd., 1895, p. 587-588

4. Comp L BRUTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung*, Berlin, 1907, p. 85-87.

droit apparaît comme le procédé normal du raisonnement juridique[1].

Cette déduction de droit, placée sous l'empire des principes premiers dominant toute connaissance, — principe d'identité avec ses corollaires de la non-contradiction et du milieu exclu, principe de raison suffisante avec les prolongements des principes de causalité et des lois, auxquels s'ajoute, dans l'ordre pratique, le principe de finalité, — se légitime absolument en un domaine, dont l'objet se ramène toujours — il importe de ne jamais l'oublier — à diriger la conduite humaine dans certaines voies qu'elle devra librement suivre, et qui ne peuvent s'imposer à la volonté qu'autant que, pour l'esprit, elles sont des dépendances de la direction initiale[2].

Ceci compris, il suffit d'ajouter, à cette place, en nous référant, pour le développement et l' « exemplification », à des explications ultérieures[3], que la déduction, voire même l'induction, — dans la mesure où elle est applicable, — restent légitimes, en droit positif, par quelques procédés qu'elles s'opèrent, tant sous forme d'analyse des concepts, qu'à titre de synthèse de leurs points communs, du moment que, correctement conduites, elles tendent à dégager et révéler les analogies qui unissent les entités juridiques[4].

54 — Ainsi, nous retrouvons toujours, sous cette expression souple d' « analogie », le passage du même

---

1 Voy. quelques développements, à ce sujet, dans W. Wundt *Logik*, B. II, Abth. 2 (vol. III), 2e éd., 1895, 585-587.

2. Comp. ce qui a été dit ci-dessus, n° **43**, p. 122-126.

3. Voy. ci-après : chapitre cinquième : *La méthodologie générale du droit positif*

4. Cons. à titre général P. Malapert, *Leçons de philosophie*, t. I, 2e éd., Paris, 1908, p. 304 — Comp. sur l'induction et la déduction dans les sciences sociales R. Worms. *Philosophie des sciences sociales*, t. II, Méthode des sciences sociales, Paris, 1904, chap. xix et xx, p. 221-240. — Et, pour les sciences de la nature E. Mach, *La connaissance et l'erreur*, trad M. Dufour, Paris, 1908, chap xviii, p. 300-312.

au même, ou la conclusion du semblable au semblable, à la base des procédés intellectuels, qui contribuent à l'élaboration juridique. Appelé à fixer des règles pour trancher les conflits d'intérêts qui divisent les hommes, le jurisconsulte procède par une identification ou une assimilation (bref une subsumption), logiques, constantes, que lui permet, seul, un habile maniement des concepts[1]. C'est la mise en œuvre, dans le domaine du droit, de ce « sens de l'identité », dont on a pu dire qu'il était l'ossature de la pensée[2]. Mieux encore, c'est, appliqué à la recherche et à la réalisation du « juste objectif », l'effet de cette aspiration à l'unité, qui caractérise tout effort humain vers la pénétration et la domination des choses.

Par là s'explique aussi la *systématisation du droit*, s'opérant au moyen de *constructions juridiques*. — On a souvent fait abus de cette dernière expression, dont il ne semble pas que la signification soit encore indubitablement fixée[3]. Toutefois, d'après l'acception du mot qui paraît la plus exacte, on peut dire que la construction juridique se présente comme un effort de la pensée, mise en face des matériaux épars et isolés, qu'offrent les règles juridiques reconnues, soit par un acte formel de l'autorité, soit par la vertu d'une recherche indépendante, pour, au moyen d'un emploi sagace et d'un adroit agence-

1. Cons. ici : A. Chide, *La logique de l'analogie*, dans *Revue philosophique*, 1908-2°, t. LXVI, p. 613-630. — J. Sageret, *L'analogie scientifique*, dans *Revue philosophique*, 1909-1°, t. LXVII, p. 41-54. — Comp., sur l'analogie et ses dangers dans les sciences sociales : R. Worms, *Philosophie des sciences sociales*, t. II, Méthode des sciences sociales, Paris, 1904, chap. xxi, § 1, p 241-245. — Et, spécialement, sur l'analogie dans le droit : J. Spassoïevitch, *L'analogie et l'interprétation. Contribution à l'étude des méthodes en droit privé*, Thèse de droit, Paris, 1910-1911 (travail critique aux conclusions incertaines).

2. W. James, cité par P. Malapert, *Leçons de philosophie*, t. I, 1908, p. 275.

3. Voy. ci-après, la troisième partie de ce travail

ment de concepts, mots, définitions, classifications, raisonnements, ériger un ensemble complet, qui fixe l'institution à déterminer en termes logiques, permettant d'en harmoniser les règles entre elles et avec celles des institutions voisines. Et, il suffit, comme exemple typique et classique, de citer ici la construction de la personnalité morale[1]. Cette notion admise, il ne semble pas qu'il y ait une différence fondamentale et de nature entre la construction juridique, du moins si on l'envisage dans ses résultats, d'une part, et, d'autre part, les *hypothèses* ou les *théories* juridiques, qui, à l'image des hypothèses[2] ou des théories[3] scientifiques, tendent à fournir, en termes aussi simples que possible[4], des représentations purement intellectuelles de tout ou partie d'un système de droit[5]. — Tout au plus, si l'on veut établir une hiérarchie entre ces notions, pourrait-on dire que l'hypothèse[6] ne serait qu'une ébauche de représentation, la théorie[7] une représentation

---

1. Cons. notamment : R Saleilles, *De la personnalité juridique*, Paris, 1910.

2. Cons. ici : G. Milhaud, *Le rationnel*, Paris, 1898, p 61-63; comp p. 44-61. — Sur l'hypothèse dans les sciences de la nature, voy W. Ostwald, *Abrégé de chimie générale*, trad. G. Charpy, Paris, 1893, p. 3-4. — E. Mach, *La connaissance et l'erreur*, trad. M Dufour, Paris, 1908, chap. xiv, p. 237-252. — Et, sur l'hypothèse dans les sciences sociales : R Worms, *Philosophie des sciences sociales*, t. II, Paris, 1904, chap xxi, § ii, p. 245-248.

3. Cons. ici : J.-B Stallo, *La matière et la physique moderne*, 2e éd , Paris, 1891, p 61, p 75, p 77-86 — P Duhem, *La théorie physique. Son objet, et sa structure*, Paris 1906, notamment p. 5-83, p. 269-293, p. 361-445 — Voy aussi É Picard (*La science*), dans *La Revue du mois*, n° du 10 février 1908, IIIe année, p. 140-142. — Comp. ci-dessus, p. 82, texte et note 1 (n 26).

4. Sur la simplicité exigée par l'esprit dans les théories, voy. É. Picard, *loc. cit*, p. 140-141.

5. Le système a ce double avantage : *a*) coordonner des résultats acquis; *b*) permettre d'obtenir des résultats nouveaux.

6. Exemple d'hypothèse juridique : on assimile un groupement à une personne pour justifier telle solution spéciale.

7. Exemple de théorie juridique On attribue au groupement (personne morale) les droits patrimoniaux de l'individu

plus ferme, la construction un ensemble cohérent et harmonieux d'hypothèses et de théories [1].

Ce qui reste capital, sous ces distinctions verbales et de surface, c'est que hypothèses, théories, constructions juridiques, consistent essentiellement en artifices de pensée, expliqués et justifiés par le besoin d'unité inhérent à l'esprit humain, et qui laissent, en elles-mêmes, intactes et indépendantes, les réalités, dont ils ne sont que les symboles, purement intellectuels et logiques.

V

55. — Et ceci nous conduit à constater que, ce qu'on peut appeler la *vérité proprement juridique*[2], ne correspond, que sous une réserve essentielle, à la définition scolastique de la vérité : *adæquatio rei et intellectus*.

Si on la prend telle qu'elle est reconnue en fait, et avec le souci de relever son caractère spécifique, la vérité juridique consisterait éminemment en éléments dialectiques ou logiques, capables de constituer une solide armature, qui puisse encadrer et réduire aux sanctions nécessaires tous les faits de la vie sociale susceptibles de règlement coercitif[3]. — C'est donc une vérité, éminemment schématique, qui ne peut saisir les réalités morales, économiques, sociales, que par les arêtes vives qu'elles présentent au concept, donc en les déformant, ou, plutôt même, en les transformant en entités idéales [4].

---

1 Exemple de construction juridique : On généralise l'assimilation, du groupement aux personnes physiques

2 J'entends par là non la vérité des faits soumis au droit, mais celle des règles mêmes qui doivent les gouverner.

3 Rappr quelques pages très suggestives, sur la méthode juridique dans la doctrine de l'État, de G. Jellinek, *L État moderne et son droit* trad G. Fardis, 2e éd., Paris, t I, 1911, p 82-92

4 Comp. sur la notion du « juridisme » Ed. Le Roy, *Dogme et critique*, 4e éd 1907, p. 62, note 2, p 90, lignes 28-33, p. 102, ligne 17, p. 129, lignes 22-25, p. 130, lignes 17-27, p 141, note 3, p 256, lignes

De là suit que cette vérité est moins l'expression du donné de la vie sociale, qu'un simple instrument technique, dont l'usage doit être dirigé et réglé en vue du but à atteindre [1].

58. — En bref, notre rapide revue des principaux procédés intellectuels, qui contribuent à l'élaboration du droit positif [2], nous ramène au point, où nous avait préalablement conduits l'examen général de ce qu'on peut dénommer « l'intellectualisme juridique » [3]. — Quoi d'étonnant, d'ailleurs, puisque, comme nous l'avons constaté, cet intellectualisme consiste tout entier en une procédure d'abstraction, de comparaison et de généralisation, dont les opérations, qui viennent d'être envisagées, ne sont que des instruments fragmentaires, et ce que nous avons appelé la vérité juridique [4], le résultat ou le résidu? Or, en tout cela, nous n'avons relevé, comme principe de justification véritable et propre, que l'analogie, qui, dégagée et précisée grâce à la décomposition schématique des choses, légitime pour l'esprit, par voie de « subsumption », une assimilation de l'inconnu au connu, seule attache à laquelle se puissent prendre nos facultés de connaissance.

Mais, en dépit de nos aspirations profondes, cette *analogie* n'est jamais une *identité* ontologique, et notre intuition des choses, qui, agissant à l'image de l'instinct, ressent la plénitude de la vie sans pouvoir la pénétrer d'une

---

21-26, p. 260, note 3, p. 262, ligne 5, p. 277, lignes 17-19, p. 290, lignes 8-9, p. 315, lignes 16-18, p. 321, ligne 24, p. 354, lignes 1-7, p. 365, lignes 8-10 de la note.

1. Voy. la troisième partie de ce travail. — Comp., sur la vérité juridique (envisagée d'une façon plus concrète) des idées quelque peu différentes, dans K.-G. Wurzel, *Das juristiche Denken*, Wien, 1904, p. 95-98. — Voy. aussi : R. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911, p. 553-558 (VI, 21, *Rechtsidee und wirkliches Recht*).

2. Ci-dessus, nos **49-54**, p. 145-160.

3. Ci-dessus, nos **38-48**, p. 109-145.

4. Ci-dessus, no **55**, p. 160-161.

façon pratique [1], nous avertit sans cesse de la duperie et des mensonges, au prix desquels les instruments de l'intellect, ne saisissant les réalités que par leurs côtés plastiques, et substituant des entités logiques aux choses réellement vivantes, nous permettent seulement d'entrer en contact avec le monde. — Duperie et mensonges nécessaires, assurément, mais dont cette nécessité ne saurait changer le caractère fondamental.

Dans ce suprême embarras, où nous place la contradiction de nos désirs et de nos moyens, — contradiction que traduit bien l'opposition entre un intense sentiment de la vie par l'intuition et notre insuffisance à l'embrasser pleinement par l'intellect, — comment avancer, en tirant parti de toutes nos ressources, sans nous laisser entraîner par le danger d'illusion qu'elles recèlent? Nous n'y pouvons parvenir qu'en appelant la volonté à l'aide de l'intelligence et en provoquant, par le concours de ces facultés, sous la domination supérieure de la raison [2], un équilibre de connaissance et d'action, à la fois nécessaire et suffisant à nos besoins.

De fait, et si l'on sait voir au fond des choses, le droit positif est, principalement, œuvre de l'activité tout entière de l'homme, tendant, par des règles impérieuses, au besoin même contraignantes, à une meilleure organisation de la vie sociale. Et si, pour le constituer, il faut, avant

1. Cons. ici les admirables développements de H. Bergson, *L'évolution créatrice*, 10e éd., Paris, 1912 (chap. II), p. 146-201, surtout p. 179-194.

2. Il s'agit ici de la raison considérée, non comme une faculté abstraite, mais comme l'ensemble des facultés, suivant la conception aristotélicienne. — Comp. É. Boutroux (*Morale et religion*), dans *Revue des deux mondes*, n° du 1er septembre 1910, cinquième période, t. LIX, p. 17-18. Et, sur cette conception de la raison, d'après les idées de M. É. Boutroux : P. Gaultier, *L'œuvre philosophique de M. Emile Boutroux*, dans *Revue des deux mondes*, n° du 15 octobre 1912, sixième période, t. XI, p. 853-854. — Voy encore : A. Chaumeix (*La philosophie affective*), dans *La Revue hebdomadaire*, n° du 24 août 1912, p. 558-559.

tout, pénétrer le réel, à l'aide de ces lunettes, indispensables, mais insuffisantes, que sont les opérations intellectuelles, la volonté doit sans cesse intervenir, pour dominer l'intelligence et la réduire à sa juste part, en maintenant ferme le gouvernail vers le but à atteindre.

Ainsi, le vouloir dirigera constamment l'intellect, pour en corriger les écarts, tout en lui assurant le maximum de rendement utile[1]. — S'agit-il de pénétrer le donné, en demandant aux réalités mêmes de la vie le secret de leur ordonnance et de leur règlement? Les procédés intellectuels, qui ne valent ici, en dehors de leur rôle économique (économie de la pensée), que pour aider à la connaissance, devront être sévèrement bridés, en vue de maintenir le contact essentiel avec les réalités mêmes, intérêts moraux, économiques, sociaux, que les raffinements d'intellectualisme tendent trop aisément à déformer. Et la devise du jurisconsulte s'efforçant vers le juste objectif, pourra être celle de tout chercheur scientifique : vers l'unité, par les approximations successives [2]. — S'agit-il de construire un ensemble de préceptes, qui permettent de maîtriser pratiquement la vie sociale? Dans ce rôle, les opérations intellectuelles n'apparaissent plus simples jeux d'économie ni même seulement modes de connaissance; elles sont des forces actives, susceptibles de produire des résultats objectifs et elles deviennent à la fois plus libres et plus fécondes, sous l'impulsion d'une volonté, qui, en elles, se sent appuyée d'un puissant instrument d'action Ici, la mission du juriste se ramène à résoudre les intérêts, qu'il doit accorder, en concepts d'un maniement assez aisé et assez souple, pour enfermer la vie sociale dans un cadre

1. Comp. K.-G. Wurzel, *Das juristische Denken*, Wien, 1904, p. 38-39, qui résume Wundt.

2. Comp. É. Picard (*La science*), dans *La Revue du mois*, n° du 10 février 1908, III[e] année, p 129-148, notamment p. 148. — *Adde* Vilfredo Pareto, *Manuel d'économie politique*, trad A Bonnet, Paris, 1909, chap I, n[os] 11-14, p 11-13 et p. 21, note 1 (n° 30).

accommodé à sa complexité, à sa mobilité, à sa fluidité incessante.

Par où l'on peut pressentir, qu'à mes yeux, les spéculations de l'esprit, dangereuses, quoique nécessaires, dans l'investigation scientifique du droit, auront tout leur prix, comme instruments pratiques de sa mise en œuvre, où la volonté les manie plus commodément et plus sûrement. Aussi, les retrouverons-nous au premier rang des procédés de la technique juridique [1]. Dès à présent, nous devions reconnaître leur nature générale avec les inconvénients et les avantages qui en découlent.

---

1. Voy. ci-après la troisième partie de ce travail.

CHAPITRE CINQUIEME

LA MÉTHODOLOGIE GÉNÉRALE DU DROIT POSITIF

Sommaire : **57**. Position de la question Plan de son étude.

I. — **58**. Résumé de la méthodologie classique, qui tend à distinguer et à spécialiser les méthodes suivant les sciences. — **59**. Unité et homogénéité de la méthode sous la diversité de ses applications. — Variété, complexité, inconsistance de la méthode des sciences sociales — **60** Méthode du droit positif. Ses difficultés du point de vue de la méthodologie classique

II. — **61**. Influence à reconnaître aux nouveaux courants philosophiques sur la méthodologie des sciences sociales. — **62**. Application de ces idées au droit positif. — **63**. La méthode du droit positif envisagée d'ensemble.

III. — **64**. Choix de deux applications (à titre d'exemples) de ces idées méthodologiques. — **65** Application au problème général du règlement des rapports pécuniaires entre époux. — **66**. Application au cas tranché par Civ. cass., 25 juin 1902 (aff. Lecocq). — **67**. Conclusion sur la méthode juridique.

57. — L'essai d'épistémologie juridique, qui vient d'être tenté (chapitre quatrième, n^os^ **35-56**), a préparé une étude de méthodologie, envisagée du même point de vue, qui s'impose maintenant à nous, du moins sous une forme sommaire.

Il s'agirait, en effet, de savoir par quelles voies doit cheminer le jurisconsulte, en vue d'arriver, aussi sûrement que possible, au but que lui assigne sa mission propre : découvrir les règles de la vie sociale et les mettre à effet en dépit des résistances à attendre des hommes ou des choses. Tant dans le domaine de l'investigation scientifique des

réalités, d'où se dégage le droit, que dans celui des moyens pratiques, par lesquels il s'adapte à la vie, on sent le besoin, à tout le moins, on appréciera la valeur, d'une direction ferme et nette, qui guide les efforts et garantisse leur efficacité.

C'est la question générale de la méthode proprement dite, posée pour le droit positif. Nous l'avons, nécessairement effleurée, je dirai même, en bonne partie, résolue, dans les développements contenus au chapitre qui précède. Car les éléments intellectuels de l'élaboration juridique, que nous y avons examinés, pour en mesurer le mérite, en vue de la connaissance et de l'action, sont parmi les instruments les plus délicats de la méthode du droit. Il nous faut, pourtant, encore, envisager celle-ci de plus haut et dans son ensemble, si nous voulons offrir un cadre complet à l'activité des juristes, et leur tracer jusqu'au bout la marche à suivre. Nous pourrons, d'ailleurs, exposer assez vite un sujet, dont les lignes générales sont communes à toute recherche scientifique, n'ayant à en retenir, pour les fixer ici, que les points qui intéressent spécifiquement le droit privé positif.

En bref, et pour limiter notre effort à ce qui semble actuellement essentiel, nous envisagerons, d'abord, cette question de la méthode générale du droit, suivant le point de vue classique d'une logique exclusivement intellectualiste. Puis, nous essaierons de compléter, d'élargir, de corriger les résultats ainsi obtenus, en les éclairant d'un reflet de ces vues nuancées et profondes, qui nous ont paru de nature à rajeunir heureusement la philosophie des sciences à l'heure présente [1]. Enfin, nous pourrons chercher à illustrer, en quelques exemples précis, les conclusions générales, auxquelles nous serons parvenus.

---

1. Comp ci-dessus, n° **2**, p. 3-9; n^{os} **25-28**, p 75-87; p 132-133 (n° **45**), p 135 (n° **46**); p. 136 (n° **47**) et n° **48**, p. 140-145. — *Adde* : n^{os} **49-56**, p. 145-164, *passim*.

I

58. — La philosophie générale, envisagée dans la forme où elle est devenue presque classique en France [1], et qui fait de la méthodologie des sciences la partie la plus vivante de la logique (logique dite appliquée par opposition à la logique formelle), tend, de plus en plus, à distinguer et à spécifier les méthodes, suivant la nature des disciplines qu'elles permettent d'élaborer. — C'est à peine si elle indique, comme doués de caractère universel, quelques procédés, inhérents à toute recherche scientifique, parmi lesquels figurent habituellement l'analyse et la synthèse. Encore faut-il observer que ces deux moyens d'investigation ne sont attribués à la méthode générale que sous leur aspect le moins spécifique, l'analyse représentant la décomposition d'un tout en ses éléments intégrants, en vue de connaître plus distinctement ceux-ci, la synthèse opérant reconstitution du tout par ses parties composantes, afin de saisir les relations réciproques de ces dernières et leur part respective dans l'action du tout; tandis que, ramenées à leurs notions, plus précises, de régression réductive tendant à découvrir les causes en partant des effets, ou de progression extensive descendant du principe à ses conséquences, l'analyse et la synthèse sont plus volontiers rattachées à des branches distinctes de la science (analyse et synthèse mathématiques) [2]. — De même,

---

1. Voy. notamment : L. Liard, *Logique*, Paris, 1884, 4e éd., 1897. — E. Rabier, *Leçons de philosophie*, t. II, *Logique*, Paris, 1886. — É. Boirac, *Cours élémentaire de philosophie*, 12e éd., Paris, 1898, liv. II, *Logique*, p. 209-312. — Ch. Lahr, *Cours de philosophie*, 11e éd., Paris, 1911, t. I, 2e partie, *Logique*, p. 403-573. — P. Malapert, *Leçons de philosophie*, t. II, Paris, 1908, *Logique*, p. 273-416.

2. Voy. par exemple : É. Boirac, *op. cit.*, p. 243-244 et p. 247-248. — Ch. Lahr, *op. cit.*, t. I, p. 451-457 et p. 467. — P. Malapert, *op. cit.*, t. II, p. 335-336. — Comp. L. Liard, *op. cit*, p. 158-167. — E. Rabier, *op. cit.*, p. 293-315.

si les notions d'hypothèse, de théorie, de système, d'analogie, se présentent nécessairement en un certain stade de toute investigation méthodique des choses, il n'en reste pas moins que leur valeur propre, de procédés de découverte ou d'organisation, semble spécialement réservée, par notre philosophie courante, aux sciences de la nature physique[1].

En tout cas, les procédés, le plus nettement méthodologiques, sont rapportés et comme affectés à des sciences distinctes, dont chacun d'eux constituerait, en quelque façon, l'instrument spécifique. — C'est ainsi qu'on signale, comme ayant pour domaine d'application propre les sciences mathématiques (sciences des nombres et des figures), la méthode de démonstration par la déduction strictement logique, en partant de définitions *a priori*, construites par génération, immuables, rigides, nécessaires, universelles (définitions géométriques), complétées par des axiomes et des postulats, sur lesquels s'échafaudent les théorèmes, dans un enchaînement rigoureux et pleinement convaincant pour l'esprit[2]. — A l'inverse, la méthode inductive, dans ses traits vraiment caractéristiques, semble plus spécialement réservée aux sciences physiques (entendues comme sciences des phénomènes des corps bruts et non organisés), lesquelles, partant de l'hypothèse, suggérée par l'observation prime-sautière, et cherchant à la vérifier au moyen d une observation plus profonde, mieux encore de l'expérimentation proprement dite, s'efforcent de saisir et d'isoler la cause effi-

1. Cons L. Liard, *op. cit.*, p. 120-124, p. 143-150. — É. Boirac, *op. cit.*, p. 265-268, p. 271-274. — Ch. Lahr, *op. cit.*, t. I, p. 477-482, p. 495-500, p. 503-507. — Comp. E. Rabier, p. 226-258. — P. Malapert, *op. cit.*, t. II, p. 341-348, p. 411-416.

2 Voy. L. Liard, *op. cit.*, p. 68-97. — E. Rabier, *op. cit.*, p. 259-292. — É. Boirac, *op. cit*, p. 245-248. — Ch. Lahr, *op. cit.*, t. I, p. 459-468. — P. Malapert, *op. cit.*, t. II, p. 319-337. — *Adde* : L. Liard, *Des définitions géométriques et des définitions empiriques*, 2e éd., Paris, 1888, p. 17-111, p. 171-176.

ciente des phénomènes (en reconnaissant, par des méthodes appropriées, la *coïncidence solitaire*), pour la généraliser suivant le principe des lois, puis, combinant les résultats de leurs découvertes, imaginent, afin de les représenter ou de les expliquer dans leur ensemble, des hypothèses générales, ou théories, tendant, en dépit de leur symbolisme inévitable, à préciser leurs formules jusqu'à la notation strictement quantitative [1]. — Si les sciences biologiques (des phénomènes de la vie) emploient, elles aussi, les mêmes procédés, il semble que leur induction, ayant affaire à un élément plus mystérieux (la vie), et faute surtout d'expérimentations aussi précises, capables d'en saisir toutes les manifestations, ne puisse aboutir qu'à des généralisations moins sûres, à des formules plus lâches [2]. — En revanche, et sous l'aspect élargi des sciences naturelles proprement dites (sciences des êtres de la nature et de leurs formes), elles emploieront des moyens d'investigation à elles propres, au premier rang desquels, et à côté de l'observation, figure le procédé des classifications (classifications naturelles et artificielles), qui, combiné avec un usage judicieux des analogies, permet d'entrevoir des lois de corrélation et de subordination organiques et conduit à ces définitions *a posteriori*, purement descriptives,

---

1. Voy. L. Liard, *Logique*, p. 98-126, p. 150-158. — É. Boirac, *op. cit.*, p. 251-268. — Ch. Lahr, *op. cit.*, t. I, p. 470-500. — P. Malapert, *op. cit.*, t. II, p. 338-374. — Comp. E. Rabier, *op. cit.*, p. 95-175.

2. Comp. Cl. Bernard, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, Paris, 1865, *passim*, notamment p. 7-8, p. 10, p. 26, p. 37-38, p. 44, p. 54, p. 62, p. 64, p 76, p 81-85, p. 95, p. 97, p. 98, p 100, p. 107-112, p. 115, p. 118, p. 122-126, p. 130-132, p. 136-137, p. 140-141, p. 142, p. 144, p. 148-149 et surtout p. 150-172; cpr. p. 172-264, p. 300-301, p. 324, p. 343, p. 362, p. 377. — *Leçons sur les propriétés physiologiques et les altérations pathologiques des liquides de l'organisme*, Paris, 1859, t. I, 1re leçon, p. 1-27. — Cons. aussi : R. Worms (*Sciences naturelles et sciences sociales*), dans *Revue du droit public et de la science politique*, 1896-2e, t. VI, p 67-69. — P. Malapert, *op. cit.*, t. II, p. 339, p. 375-378.

extraites des choses mêmes, particulières et contingentes comme celles-ci, par suite toujours provisoires et indéfiniment perfectibles, qu'on appelle les définitions empiriques [1].

Quant aux disciplines, qui étudient les manifestations conscientes ou inconscientes de l'activité humaine, sous leurs formes diverses, on dirait que, tard venues dans le champ scientifique, elles n'ont pu y trouver leurs instruments spécifiques d'élaboration méthodique, et qu'elles ont dû se contenter d'emprunter aux autres des moyens et procédés mal adaptés à leur objet propre. Car, — si l'on met à part l'histoire purement descriptive, presque exclusivement réduite à la critique du témoignage [2], et la psychologie individuelle, qu'un voisinage apparent associe, sinon à la matière, du moins au mode d'investigation, des sciences de la vie physique [3], — la plupart des sciences, dites morales ou sociales, en dépit de la variété et de la complexité de leurs objets, ne paraissent comporter qu'une procédure méthodologique composite et assez vague, consistant, à la fois, en une déduction peu assurée, parce qu'elle se tire de principes incertains, et en une induction plus imparfaite encore, qui — ne s'étayant que d'observations imprécises et conjecturales, en dépit de statistiques toujours incomplètes et sujettes à doute, touchant des faits, insusceptibles de constatation objective, de mesure et de calcul, extrêmement enchevêtrés et exposés à l'arbitraire

---

1. Voy L. Liard, *Logique*, p 126-143. — E Rabier, *op. cit.*, p. 176-225 — É Boirac, *op cit.*, p. 268-374. — Ch Lahr, *op cit.*, t I, p. 500-516. — P. Malapert, *op. cit.*, t. II, p 375 387. — *Adde :* L. Liard, *Des définitions géométriques et des définitions empiriques*, 2e éd., Paris, 1888, p. 112-170 cf p. 171-176.

2. Voy E. Rabier, *op cit*, p. 317-329. — É. Boirac, *op cit*, p. 280-284. — Ch. Lahr, *op. cit*, t. I, p 522-537 — P. Malapert, *op cit.*, t. II, p 389-403.

3 Voy. notamment : E. Rabier, *Leçons de philosophie*, t I, *Psychologie*, 1884, p 31-51, cf p. 21-30 — É. Boirac, *op. cit.*, p 9-18. — Ch Lahr, *op. cit.*, t. I, p. 17-36. — P. Malapert, *op cit.*, t. I, p. 47-62

de la liberté, — reste impuissante à justifier ses conclusions par un déterminisme rigoureux [1]. Aussi bien, est-ce à peine si la philosophie dominante semble admettre qu'une méthodologie, aussi indéterminée, laisse un caractère vraiment scientifique à des disciplines, qui ne sauraient comporter une marche plus précise et mieux adaptée à leur but [2].

En tout cela, d'ailleurs, aucune place bien définie n'apparaît assignée au droit positif. Sans doute, on nous dira qu'il fait partie des sciences morales ou sociales, dont, par suite et sauf quelques particularités (telles que l'importance des textes), tenant à sa nature, il doit comporter les procédés. Il faut bien confesser, toutefois, que, si les lignes méthodologiques assez flottantes, esquissées pour ce groupe de sciences, peuvent, en vertu même de leur souplesse, enfermer l'interprétation du droit réel et vivant, elles semblent surtout convenir à des disciplines plus ouvertes, telles que la sociologie, la politique, la morale et l'économie sociale, la science historique du droit ou sa philosophie, et que, dans un système méthodologique, qui prétend tenir compte, pour leur tracer la voie, des particularités de toutes les branches de connaissance ou d'action, la spécificité du droit positif eût paru mériter une considération spéciale, que l'on n'y trouve pas. — Cette lacune s'explique — si elle ne se justifie pas — par l'étroitesse de l'horizon, sous lequel on a considéré longtemps le droit positif, en n'y voyant guère plus qu'un art quelque peu empirique [3]. — Du point de vue plus large, auquel nous nous sommes

---

1. Comp. L. Liard, *Logique*, p. 167-191. — E Rabier, *Logique*, p 316-317, p. 329-346. — É. Boirac, *op. cit*, p. 278-280, p. 284-285. — Ch. Lahr, *op. cit.*, p. 520-522, p. 541-545. — P. Malapert, *op. cit.*, t. II, p. 403-410; cf. p. 388-389.

2. Comp. E. Goblot, *Essai sur la classification des sciences*, Paris, 1898, p. 13. — Voy. aussi L. Liard, *Logique*, p. 181-185.

3. Comp Fr. Geny, *Méthode d'interprétation*, p. 15, p. 17 (n° 7); cpr. nos 8-30, p. 18-52.

placés [1], il n'en saurait être de même. Et, du moment que toute discipline scientifique reçoit une méthode adaptée à sa nature, le droit positif doit avoir la sienne. Il s'agit seulement d'en déterminer les bases et d'en tracer les développements principaux.

58. — Mais, quand on y regarde d'un peu près, on s'aperçoit bien vite que l'idée de méthodes, multiples et nettement distinctes, applicables, chacune séparément, aux diverses sciences, — idée qui paraît répondre à un besoin de spécialisation pragmatique, — est, au fond, largement factice, et, dans son principe du moins, inexacte. Aussi bien, les logiciens, qui l'ont prônée, ne sont-ils pas dupes de son caractère schématique, et laissent-ils entendre, par l'ensemble de leurs explications, que la répartition des divers procédés d'investigation, entre des provinces distinctes de la recherche scientifique, tend surtout à faire mieux valoir, au moyen d'une illustration plus favorable à leur pénétration profonde, l'essence de chaque type méthodologique, isolément considéré [2]. D'autres ont, d'ailleurs, tenté, non sans bonheur, de concilier ces exigences pratiques avec un souci plus scrupuleux de la vérité des choses, et, en dépit des variétés de son application, ils ont su maintenir l'unité de la méthode qui paraît s'imposer avant tout [3].

En effet, la science (au sens large du mot) est une, en tant qu'elle vise à découvrir les ressorts et les agencements intimes de la réalité, pour en conclure l'attitude à

---

1. Voy. ci-dessus : nos **4-5**, p. 11-15; nos **11-17**, p. 37-55; nos **22-23**, p. 67-71, **32-34**, p. 95-100.

2 C'est ce qu'on aperçoit bien, en lisant, entre les lignes, les traités de logique cités plus haut, p. 167, note 1, notamment ceux de MM. L. Liard (voy. notamment p. 66-67, p. 158) ou E. Rabier (notamment p. 4-8). — *Adde* : W. Wundt, *Logik*, t, II, 1-2 (vol. II et III), Methodenlehre.

3. Voy. notamment : J. Stuart Mill, *Système de logique déductive et inductive*, trad. Peisse, Paris, 1866, 2 vol.

prendre, en vue de l'obtention des fins nécessaires ou de la satisfaction des aspirations naturelles de l'humanité. Tout ce qui peut éclairer la connaissance et diriger l'action doit concourir à promouvoir et à développer l'ensemble des disciplines, sauf à observer que la part des divers procédés ne saurait, en raison de la variété de leurs objets spécifiques, être égale ou uniforme en chacune d'elles. Et ceci n'est pas vrai, seulement, des moyens les plus généraux de l'investigation ou de l'adaptation, tels que l'analyse et la synthèse, ou des notions supérieures d'hypothèse, de théorie, de système, d'analogie, inhérentes au travail de l'esprit. Il en est ainsi, tout de même, des procédés plus précis de la technique méthodologique, dont la mise en œuvre a pu paraître spécialiser l'application [1].

Partout, on commence par une certaine observation des choses, sauf à en corriger la fuyance, au moyen d'une abstraction généralisatrice, qui prédominera tout à fait dans le champ des mathématiques. Partout, on induit, sur la base de l'idée déterministe; seulement, l'induction, très apparente dans les sciences de la nature physique, se dissimulera ailleurs derrière le schéma d'une définition géométrique. Partout, intervient l'hypothèse (dont la théorie et le système ne sont que les formes accentuées), pour frayer la voie à de nouvelles recherches, dont le résultat sera vérifié par l'observation réfléchie, ou par l'expérimentation, dans la mesure où la comportent les réalités à scruter. Partout, surtout, se retrouve la déduction logique, qui, pour être assurée et féconde, implique, en quelque mesure, des axiomes ou des postulats. Et, si ceux-ci apparaissent à l'état pur dans les sciences des grandeurs (mathématiques), il suffit, pour se convaincre

1. Comp. E. Goblot, *Essai sur la classification des sciences*, Paris, 1898, notamment . Première partie. L'unité formelle de la science, p. 13-70.

de leur nécessité dans les sciences de la nature elles-mêmes, d'évoquer le déterminisme des phénomènes, qui, sans constituer, à proprement parler, un principe de raison, demeure la base indispensable de toutes les disciplines physiques ou biologiques [1]. Partout enfin, la procédure méthodologique semble dominée par le concept d'identité, parfois dégradé et comme dégénéré en celui d'analogie; l'un et l'autre s'appuyant à la supposition de l'unité foncière des choses et justifiant alternativement depuis les raisonnements les plus serrés des mathématiciens jusqu'aux définitions empiriques et aux classifications des naturalistes.

C'est que, comme l'a bien vu Claude BERNARD [2], « l'esprit de l'homme a, par nature, le sentiment ou l'idée d'un principe qui régit les cas particuliers. Il procède toujours instinctivement d'un principe, qu'il a acquis ou qu'il invente par hypothèse; mais il ne peut jamais marcher dans les raisonnements autrement que par syllogisme, c'est-à-dire en procédant du général au particulier ». Ce qui revient à dire que l'essentiel de toute méthode réside dans la déduction par syllogisme [3]. Toutefois, celle-ci même implique un principe acquis ou supposé. Or, pareil principe, s'il n'est pas principe premier de la raison pure, ne peut venir que de l'induction. Et certains en ont conclu la primauté de cette dernière, observant, au surplus, que la déduction, simple élargissement d'une induction antérieure, ne valait jamais que moyennant sa vérification par expérience [4]. Mais,

---

1. Cl. BERNARD, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, Paris, 1865, *passim*, notamment p. 69, p. 94-100, p. 115-122, p. 129, p 136-139, p. 144, p. 145, p. 152, p. 239, p. 303, p. 312, p. 313, p. 329, p. 376, p. 383-384.

2. *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, 1865, p. 83.

3. Cl. BERNARD, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, Première partie, chap. II, § V et § VI *initio*, p. 77-86. — *Adde* : E. GOBLOT, *Essai sur la classification des sciences*, 1898, p. 22-23, p. 33, p. 52, p. 70; cpr. p 127, p. 128, p. 145, p. 147, p 215, p. 284, p. 285, p. 288.

4. Voy. notamment : W. OSTWALD, *Esquisse d'une philosophie des*

si cette observation peut être acceptée, pour expliquer l'origine et le fondement du raisonnement en soi, et au point de vue de ce que Claude Bernard appelle « l'idéogénèse[1] », elle demeure sans portée, quand il s'agit de découvrir, comme c'est ici le cas, la marche à suivre dans les opérations de la pensée raisonnante. De ce dernier point de vue, qui est celui de la pratique et du progrès, il apparaît aisément, que l'esprit ne peut étendre ses conquêtes qu'en développant le contenu d'une vérité, initialement admise, par la reconnaissance de son extension effective, et au moyen d'un procédé général de réduction, qui oscille de l'identité la plus stricte à l'analogie la plus lâche, suivant les facilités d'assimilation que présente l'objet à pénétrer. Pour le surplus, « toutes les variétés apparentes du raisonnement ne tiennent qu'à la nature du sujet que l'on traite et à sa plus ou moins grande complexité »[2].

On s'en rend aisément compte, si l'on envisage, sous le rapport spécialement méthodologique, les principaux groupes de sciences, en acceptant, dans les grandes lignes, réduite à ses éléments essentiels et rendue maniable, l'idée, inspirée des travaux d'Auguste Comte[3], et devenue classique aujourd'hui, d'une hiérarchie établie entre eux d'après leur degré de généralité et de simplicité[4]. Les sciences,

---

sciences, trad. Dorolle, Paris, 1911, nos 12-13, p 38-44. — Cpr. J. Stuart Mill, *Système de logique déductive et inductive*, trad L. Peisse, t. I, 1866, notamment p. 207-233 p. 285-290, p. 318, p. 510. — Voy. aussi A. Espinas (*Les études sociologiques en France*), dans *Revue philosophique*, 1882-2°, t. XIV, p. 357-358, qui va jusqu'à refuser toute légitimité à la méthode déductive

1. *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, 1865, p. 80-81.

2. Cl. Bernard, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, Paris, 1865, p 78-79

3. *Cours de philosophie positive*, 3e éd., Paris, 1869, notamment t I, Tableau synoptique de l'ensemble du cours (entre les pages 6 et 7) et deuxième leçon, p. 47-88.

4 Comp. E. Goblot, *Essai sur la classification des sciences*, Paris, 1898 — W. Ostwald (*Zur Theorie der Wissenschaft*), dans *Annalen*

placées au sommet de cette hiérarchie, emploient le raisonnement dans sa forme la plus directe et en obtiennent l'effet le plus sûr. A mesure qu'on descend à des disciplines plus complexes et plus nettement spécialisées, la procédure de la découverte, sans changer proprement de nature, devient à la fois plus détournée dans sa mise en œuvre et moins assurée dans ses résultats.

C'est ainsi que les mathématiques, basées sur des principes qu'elles créent elles-mêmes, ou dont l'induction, tirée de relations extrêmement simples, est tout à fait rudimentaire, n'ont qu'à développer le contenu de ce point de départ absolument ferme, pour en tirer des conséquences incontestables [1]. — La mécanique et l'astronomie utiliseront ensuite ces résultats, en les corroborant par l'expérience vulgaire. — Les sciences physiques des corps bruts (physique, chimie, minéralogie), qui ont affaire à des réalités matérielles, pour en pénétrer les rapports constants, sont déjà moins sûres de leurs données. N'ayant comme principe de direction générale que le déterminisme de la nature (ou principe des lois), elles placent leur idée dans l'hypothèse, qu'elles doivent vérifier par l'observation et l'expérimentation. Celle-ci peut, d'ailleurs, être, ici, assez précise, pour donner à l'hypothèse, qu'elle confirme, une valeur de conviction sérieuse et, en fait, inébranlable. — Le même résultat se présente moins assuré, dans la science des phénomènes de la vie (physiologie), en raison de l'élément, complexe et difficilement mesurable, qu'y introduit celle-ci. — Et, s'il s'agit d'étudier les êtres vivants dans leur ensemble pour en saisir les relations réciproques (anatomie comparée, zoologie, botanique, paléontologie), la complication augmentant encore, on en est réduit aux moyens plus incertains des observations, comparaisons,

der Naturphilosophie, 1904, t. IV, p. 9-10. — *Esquisse d'une philosophie des sciences*, trad. Dorolle, 1911, p. 54-57. *Adde* : p. 57-59.

1. Cl. Bernard, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, Paris, 1865, p. 51-53, p. 65, p. 81-82, p. 94-95.

classifications, définitions empiriques, qu'on peut tenir pour des succédanés de l'induction par expérience, mais qui ne donnent des résultats féconds que moyennant le postulat d'un principe d'harmonie naturelle [1], de certitude très inférieure à celle du principe des lois.

Quand on arrive aux sciences de la vie morale ou sociale, qui envisagent, pour en dégager les lois, les produits conscients ou inconscients de l'activité de l'homme, soit comme individu, soit dans l'état de société, la variété et l'implication des phénomènes deviennent telles que le principe d'un raisonnement assuré apparaît presque impossible à saisir par les procédés habituels à l'esprit. Et cette difficulté se montre extrême dans les sciences proprement sociales, où l'embarras, de fixer des lois psychologiques ou éthologiques de quelque fermeté, se double de la nécessité d'en accorder les conclusions avec les éléments nouveaux, nombreux et enchevêtrés, qu'introduit ici la vie en société. — Même en négligeant le caractère idéal, que postulent, par leur but, la plupart des disciplines sociales, pour ne les considérer qu'en tant que sciences du réel [2], on n'a pas eu de peine à montrer combien s'y adaptent mal les procédés d'une expérimentation rigoureuse, seuls capables d'assurer une induction décisive [3]. Peut-être, d'ailleurs, a-t-on, à cet égard, forcé quelque peu le contraste avec les sciences de la nature physique, tant en exagérant la certitude de l'expérimentation pour celles-ci, qu'en dépréciant outre mesure les résultats possibles

1. Comp. Ch. Lahr, *Cours de philosophie*, 11e éd., Paris, 1911, t. I, p. 214-215, p. 502-503.

2. Sur cette distinction, voy. E. Rabier, *Leçons de philosophie*, t. II, *Logique*, Paris, 1886, p. 316-317.

3. Voy. notamment encore : R. Beudant, *L'application des méthodes biologiques à l'étude des sciences sociales*, dans *Revue du droit public*, 1896-1°, t. V, p. 434-456 et *La méthode des sciences sociales*, dans *Revue du droit public*, 1896-2°, t. VI, p. 63-70. — En sens contraire : L. Duguit, *Le droit constitutionnel et la sociologie*, dans *Revue internationale de l'enseignement*, 1889-2°, t. XVIII, p. 484-505.

de l'observation sociale [1]. Il n'en reste pas moins que cette dernière, fût-elle appuyée d'une expérimentation, d'application rare et de conclusions équivoques, n'apporte pas à l'esprit une conviction analogue à celle que lui procurent les mêmes procédés adaptés aux sciences physiques. Et les comparaisons ou classifications, par lesquelles on essaie d'y suppléer [2], sont bien loin aussi d'avoir ici la fécondité et la rigueur des résultats, encore incomplets d'ailleurs, qu'elles ont procurés aux sciences naturelles [3]. — Mais, on doit remarquer également que la méthode, proprement déductive, n'est pas seulement inapplicable aux sciences sociales, sous sa forme pure de méthode géométrique ou abstraite [4]; même avec l'aspect concret, impliquant vérification constante, qu'elle peut seul revêtir, pour découvrir les lois de coexistence ou de succession des phénomènes sociaux, elle se présente entourée de tant de réserves, de modifications, d'incertitudes [5], que, fût-elle complétée par le contrôle incessant de l'histoire [6], elle n'est plus guère que la caricature du raisonnement typique, dont elle prétend nous fournir la garantie. — En définitive donc, — il faut savoir le reconnaître, — les sciences sociales,

---

1. Voy. notamment, sur ce dernier point : E. RABIER, *Leçons de philosophie*, t. II, *Logique*, 1886, p 342, texte et note 2. Comp. p. 316-317, p. 329-346 — *Adde* : E. DUPRÉEL, *Le rapport social* Essai sur l'objet et la méthode de la sociologie, Paris, 1912, notamment deuxième partie, chap. I, p 113-132, chap IV, p. 204-282.

2. Voy. par exemple : R. WORMS, dans *Revue du droit public*, 1896-2°, t. VI, p 67-70 (*Sciences naturelles et sciences sociales*)

3 Voy par exemple : R. WORMS, *Philosophie des sciences sociales*, t. II, *Méthode des sciences sociales*, Paris, 1904 — Cpr J STUART MILL, *Système de logique déductive et inductive*, trad L PEISSE, 1866, liv. III, t. I, p. 318-545, t II, p. 1-180

4 J. STUART MILL, *Système de logique déductive et inductive*, trad. L PEISSE, t II, 1866, liv. VI, chap. VIII, p 478-488.

5. J STUART MILL, *Système de logique déductive et inductive*, trad. L. PEISSE, t. II, 1866, liv. VI, chap. IX, p 488-508 et chap. XI, p 533-549

6. J STUART MILL, *Système de logique déductive et inductive*, trad. L. PEISSE, t II, 1866, liv. VI, chap. X, p. 508-533

qui, par leur complexité extrême, comportent toutes les variétés de la procédure méthodologique, ne rencontrent, parmi celles-ci, aucun type pleinement adéquat à leur but. Celui qui s'en rapproche le plus reste le raisonnement proprement déductif, qui, s'appuyant à des principes, de formule incertaine et quelque peu vague, en développe logiquement les conséquences, sauf à vérifier constamment celles-ci au moyen de l'observation et de l'expérience, pour en conclure parfois la nécessité d'exceptions au principe initial, lesquelles deviennent le plus souvent de nouveaux principes, qu'on fécondera et qu'on éprouvera comme le premier [1].

60. — Cette méthode complexe, tourmentée, et, malgré tout, peu consistante, qui s'impose pour les sciences sociales, reste à la base de la discipline juridique, dont les racines profondes baignent au milieu des phénomènes sociologiques.

S'il s'agit de saisir *scientifiquement* les éléments, aptes à fournir les règles contraignantes de la conduite de l'homme en société [2], il n'est pas, semble-t-il, d'autres moyens, que ceux qui suggèrent les lois naturelles de la vie morale et sociale, condition première de toute organisation des activités individuelles ou collectives. Et ces moyens ne peuvent que perdre encore de leur précision et de leur rigueur, du moment qu'on les emploie pour en induire des directions téléologiques plutôt que pour en tirer de simples constatations de réalités

Ceci nous explique que le procédé d'élaboration scientifique, le plus couramment usité dans la constitution et l'interprétation du droit positif, soit ce procédé, à la fois flou et fécond, de toute investigation méthodique, qui

1 Comp F. Larnaude *(Le droit public Sa conception Sa méthode)*, dans *Les méthodes juridiques*. Paris, 1911. p. 20-61

2 Suivant la notion du droit, qui a été présentée plus haut Voy. ci-dessus, nos **13-16**, p. 42-52.

s'appelle l'analogie [1]. En effet, — nous l'avions déjà observé en cherchant les bases d'une théorie de la connaissance adaptée à l'objet de nos études [2], et nous le retrouvons ici dans la critique de la méthode qui leur convient, — l'effort, de la pensée humaine, visant à pénétrer le mystère des choses, consiste essentiellement en assimilation. Quand cette assimilation se peut faire du même au même et réalise ainsi une véritable identification, on obtient des résultats très sûrs, dont nous rencontrons les modèles en mathématiques, dont des types moins nets nous sont offerts par la méthode des sciences physiques, voire même, sous certains aspects, de la biologie. Mais, dès qu'on sort d'une simplicité, au moins relative, qui permette d'isoler les éléments des phénomènes, pour rattacher chaque effet à une cause précise, on ne peut plus raisonner que du semblable au semblable; ce qui est le domaine propre de l'analogie. Et, c'est, au fond, ce mode de raisonnement, assurément riche en résultats, mais de valeur bien incertaine, qui domine dans les sciences sòciales, et, par suite, dans toute la partie, à la fois réaliste et critique, du droit.

Mais le droit n'est pas exclusivement, ni même principalement, une science, qui puisse se borner à dégager les lois naturelles ou réelles des rapports humains et sociaux. Avant tout, il apparaît comme une discipline normative [3]. Par suite, il doit tendre à l'idéal (ce qui doit être), voire même viser directement au précepte Ce dernier trait est particulièrement évident du droit positif, qui fausserait sa nature et manquerait son but propre, s'il ne dirigeait pas de façon efficace les volontés et les actions des hommes.

---

1. Sur l'analogie, voy. notamment : J. Stuart Mill, *Système de logique déductive et inductive*, trad. L. Peisse, t. II, 1866, liv. III, chap. xx, p. 83-92. — E. Rabier, *Leçons de philosophie*, t. II, *Logique*, 1886, p 247-258. — Ch. Lahr, *Cours de philosophie*, t. I, 11e éd., 1911, p. 503-507.

2 Voy. ci-dessus, p. 157-158 (nos **53-54**) et p. 161 (no **56**)

3. Voy. ci-dessus, no **22**, p. 67-70.

Or, pareil caractère, substituant l'impératif à l'indicatif, et dérivant la science en un art pratique [1], semblerait ne pouvoir que rendre plus mélangée et plus indécise encore la méthode du droit, puisqu'il introduirait en celui-ci un élément nouveau et insusceptible de détermination précise [2].

De fait, on ne saurait disconvenir, que, placé en face de la mouvance kaléidoscopique des réalités sociales, et n'ayant, pour se saisir et trouver sa loi, que des instruments empruntés à un ordre différent et manifestement impropres à son but spécifique, le droit positif va risquer fort de manquer de direction sûre et verser presque fatalement dans l'empirisme, si on prétend le maintenir strictement cantonné sur le terrain des méthodes ouvertes à une investigation proprement scientifique.

Ne trouverons-nous pas, du moins, dans une philosophie plus large, plus souple, plus profondément pénétrante, un secours contre ce danger, ou un remède à cette défaillance?

II

61. — Les procédés méthodologiques, dont nous venons de rappeler les traits principaux et que nous avons reconnus applicables, en doses variables, à toute recherche scientifique, même à celle que nécessitent la constitution et le développement du droit positif [3], reposent sur une base intellectualiste commune se résumant, essentiellement, dans l'analyse par concepts et le raisonnement abstrait.

---

1. Comp. J. Stuart Mill. *Système de logique déductive et inductive*, trad. L. Peisse, t. II, 1866, p. 549-550.

2. Comp. J. Stuart Mill, *op. cit.*, t. II, p. 550-561. — On apercevra aisément la distance qui sépare la constatation de conclusions de fait, scientifiquement acceptables, de leur érection en normes de conduite, reconnues nécessaires, si l'on songe à la thèse de la solidarité sociale. La science positive peut attester le fait de la solidarité. Mais comment en tirer un devoir de solidarité nouvelle?

3. Voy. ci-dessus, le § 1 de ce chapitre, n^os^ **58-60**, p. 167-181.

Seule, une pareille base a semblé rendre possible la marche rigoureuse, assujettie à des règles précises, apte à diriger sans faillir l'esprit investigateur, qui reste, aux yeux du savant, le guide infaillible et nécessaire, *la méthode*

Toutefois, l'analyse conceptuelle et les inférences purement abstraites, si elles représentent les démarches caractéristiques de la pensée, indispensables à la décomposition logique des choses, ne constituent pas toute la puissance de pénétration de l'homme, surtout quand il s'agit de découvrir, sous les relations contingentes de la vie, la loi de son activité morale et sociale. Ici, plus particulièrement même qu'en tout autre champ de l'exploration du monde, doivent jouer leur rôle ces forces auxiliaires de l'intellect, qu'une psychologie et une métaphysique mieux éclairées nous ont révélées et montrées à l'œuvre [1]. Et, de même que nous les avons vues corriger les erreurs, ou suppléer les insuffisances, des procédés schématiques et purement abstraits de la connaissance [2], de même nous les retrouvons, pour juxtaposer, aux instruments incomplets ou malhabiles d'une méthode strictement logique, une procédure plus déliée et plus malléable, capable de découvrir le sens profond des choses et de diriger efficacement la vie.

Mais, peut-on parler ici d'une procédure précise, d'une marche définissable parrallèlement à celle de la pensée logique? Assurément, il s'agit bien plutôt d'un « esprit », dont on se devrait imprégner, ou, mieux encore, d'une « ambiance », qu'il importerait de maintenir autour de soi, quand on manie les instruments de décomposition et de recomposition intellectuelles, qui demeurent les procédés fondamentaux de l'investigation méthodique. — Puisque, pourtant, il nous faut chercher à représenter ces influences impalpables, au moyen d'idées, qui, si gau-

1. Voy. ci-dessus, chapitre troisième, § II, nos **25-28**, p. 75-87
2 Voy. plus haut, chapitre quatrième, § III, nos **45-48**, p. 130-145.

chement qu'elles les traduisent, les rapprochent, du moins, d'un mécanisme saisissable [1], je les ramènerais volontiers à deux traits, — nécessaires, tous deux, à mon sens, pour marquer le secours que nous apporte ici la « philosophie nouvelle », telle que nous l'avons pu accepter [2], — qui, s'ils peuvent paraître quelque peu contradictoires, se complètent, en réalité, et, au besoin, se corrigent, de façon à exprimer comme deux directions susceptibles d'encadrer les précédentes et d'assurer, à une méthode intégrale d'élaboration des sciences sociales, toute l'efficacité qu'elle puisse obtenir.

D'une part, en effet, la « philosophie nouvelle » nous a rappelé l'importance et la valeur de l'*intuition*, procédant par une sorte de *sympathie intellectuelle* et destinée à procurer l'*expérience intégrale* [3]. — Sous ces notions métaphoriques et un peu vagues, se révèle profondément, à nos yeux, la nécessité impérieuse de ne pas oublier, pour les formes d'une procédure trop strictement intellectuelle, la puissance intime des réalités, qui font la contexture même de la vie sociale Et, comme nous avons reconnu l'influence nécessaire de ce côté réaliste sur les opérations mêmes de la connaissance [4], nous la retrouvons également impérieuse dans cette progression, plus complexe et

---

1. C'est bien injustement et en méconnaissant l'intégralité de sa doctrine qu'on a souvent reproché à la « philosophie nouvelle » de se servir, pour étayer ses thèses, de l' « intellectualisme » même, qu'elle combat. Voy., par exemple, A. Gardeil, *La crédibilité et l'apologétique*, Paris, 1908, p. 270-271 — D'une part, pour faire prévaloir des tendances nouvelles, on est bien obligé de procéder, *provisoirement*, suivant les modes de penser et de s'exprimer usités jusqu'alors. D'autre part, et surtout, en contestant la *souveraineté exclusive* de l'« intellectualisme », la « philosophie nouvelle » ne lui refuse pas sa part *légitime d'influence* Elle le tient notamment pour indispensable dans l'ordre pratique, quant il s'agit de la traduction des sentiments et de la communication des pensées.

2. Voy. ci-dessus, nos **27-28** p. 83-87.

3. Voy ci-dessus, n° **26**, p. 80-83

4. Voy. ci-dessus, nos **44-56**, p. 126-164.

mieux agencée, que constitue la méthode proprement dite. — Ici, les réalités, considérées face à face et sans intermédiaire, paraissent d'abord indispensables pour fournir les principes, où l'on puisse asseoir les inférences. En même temps, elles permettent, seules, de contrôler les résultats de celles-ci par une confrontation décisive avec les exigences de la vie. — Bien mieux, et en dehors même de cette intervention prélogique et postlogique, l'auscultation profonde des choses, accompagnant constamment le dégagement des concepts et la suite des raisonnements, jouera ici le rôle de la vérification expérimentale et, corrigeant l'analyse par la synthèse, assouplira les procédés d'une investigation trop exclusivement modelée sur le type mathématique. — Bref, le contact incessant avec les réalités, plus sensibles qu'intelligibles, que nous offre la vie morale ou sociale, reste le plus sûr moyen de remédier à l'insuffisance d'une méthode strictement intellectualiste en ces matières et d'assurer la valeur des conclusions au niveau de l'objet à pénétrer. Et peut-être, le seul danger d'une recherche ainsi conduite consisterait-il dans la richesse et la fécondité de ses moyens, qui, défiant toute précision quantitative, risquent d'embarrasser notre marche et de nous égarer loin des règles fermes, que postule ici, plus impérieusement même qu'ailleurs, le but à atteindre.

Mais, par bonheur, et d'autre part, en reconnaissant la puissance profonde de l'action, à partir de la spontanéité pleinement consciente qui en marque l'origine jusqu'à l'automatisme où elle aboutit et se fige comme pour retourner à l'instinct, les directions nouvelles de la pensée nous suggèrent que la volonté, tantôt primitive, tantôt condensée en habitude, est capable d'influer sur les réalités, dont elle-même fait partie, et de les informer dans le sens de la pratique, qui demeure son domaine propre. Si nous savons dégager cet élément régulateur et le mettre en œuvre, en le combinant avec le précédent, non seule-

ment nous y trouverons un correctif de celui-ci, mais nous en pourrons faire un instrument indépendant, qui, ajoutant le « construit » au « donné », féconde la recherche en même temps qu'il en adapte les résultats aux exigences de la fin à poursuivre.

A vrai dire, ces considérations, prises d'une vue plus profonde des choses, et qui tendent à infléchir la méthode *conceptuelle* ou *signalétique* en un sens *impressionniste* et *pragmatique*, peuvent rencontrer application en tous les domaines de l'investigation humaine. Et, si on les a plus volontiers présentées au sujet des sciences de la vie, c'est en observant que celles-ci s'accommodaient fort mal de la seule « logique des solides » [1] Poussant plus loin encore la même pensée, nous nous estimons fondés à dire que les disciplines de la vie morale et sociale, moins aptes que toutes autres à s'encadrer dans les lignes d'une méthode hiératique, et plus désemparées en face du mécanisme rigide de l'analyse conceptuelle et des raisonnements abstraits, postulent comme un appoint nécessaire cette combinaison d'intuition profonde et d'action régulatrice, que nous paraissent recommander les vues les plus acceptables de la « philosophie nouvelle ».

Assurément, d'ailleurs, même munies de cet appoint, les sciences morales et sociales ne sauraient rivaliser, pour la simplicité et la sûreté des procédés, avec les mathématiques, voire même avec les sciences de la nature physique, quelles qu'elles soient. Mais puisqu'elles sont condamnées, sur ce point, à une infériorité irrémédiable, il semblera d'autant plus légitime d'y maintenir réunis tous les moyens d'investigation capables de compenser, au mieux, les lacunes ou les défaillances que nous ne pouvons éluder [2].

---

1. Voy notamment H. Bergson, *L'évolution créatrice*, 10e éd , Paris. 1912. Introduction, p. I-VIII. — Comp. ce qui a été dit ci-dessus, p. 81, note 2 (n° **26**).

2. Comp., sur tout cela : H. Poincaré, *La morale et la science* (con-

62. — Que si, pour nous rapprocher maintenant tout à fait de ce qui doit rester notre objectif spécifique, nous tentons d'appliquer ces idées, encore un peu trop générales, au droit positif proprement dit, nous découvrons sans peine, dans la nature et la destination de celui-ci, une raison qui les renforce en même temps qu'elle en permet l'adaptation à cette discipline sous des formes plus aisément saisissables et plus concrètes.

C'est que le *droit positif*, par cela même qu'il consiste en préceptes impérieux et qu'il est appelé à régir effectivement la vie sociale [1], a un besoin absolu de fermeté dans sa direction et de précision dans ses résultats. On peut, quand on spécule sur le monde, pour en découvrir les mystères cachés, tarder, attendre, hésiter, douter, se contenter d'hypothèses, formuler des lois approximatives et toujours revisables. Mais quand la vie est là, suivant son cours irréversible, criant ses besoins et, pressée par eux, postulant une règle, bonne ou mauvaise, critiquable ou non, en tout cas indispensable, à peine de désordre flagrant ou d'anarchie ruineuse, il faut, coûte que coûte, lui faire réponse sans délai et sans ambages [2].

Pareille nécessité, tout particulièrement sensible en présence des faits de la vie sociale, qui mettent aux prises les intérêts rivaux des hommes, introduit dans l'ordre juridique, appelé à harmoniser ceux-ci, deux sources d'inspiration précieuses, où l'on reconnaît sans peine des éléments de découverte, bien dégagés par la « philosophie nouvelle » [3], et qui, s'ils ne s'érigent pas en instru-

---

férence à « Foi et Vie », le 11 mars 1910) dans *La Revue*, n° du 1er juin 1910, VIe série, 1910, XVIe année, t LXXXVI, p. 289-302. — Rappr. Ch. Nordmann, *Henri Poincaré. Son œuvre scientifique. Sa philosophie*, § v. Poincaré et le problème moral, dans *Revue des deux mondes*, n° du 15 septembre 1912, sixième période, t. XI, p. 361-367. — Voy. aussi ce que nous avons dit plus haut, p 17-18 (n° **5** *in fine*).

1 Voy ci-dessus, n° **16**, p. 47-52 et p. 54-55 (n° **17**).

2 Comp. ce qui a été dit plus haut, p 122, texte et note 2 (n° **42**).

3. Voy. ci-dessus, p. 183-185 (n° **61**).

ments méthodologiques proprement dits, fourniront, du moins, dans la procédure complexe et incertaine de l'établissement des solutions de droit, les bases profondes de la recherche et les moyens pratiques d'en agencer au mieux les résultats :

1° Si la raison pure ne révèle au jurisconsulte que des principes abstraits, impuissants, à eux seuls, à régir une chose aussi diverse, aussi malléable, aussi flottante que la vie sociale, la raison pratique (ou la conscience morale) y supplée, en lui suggérant comme nécessaires ou convenables, suivant les cas, des préceptes de nature morale ou économique, souvent imprécis dans leur forme, capables pourtant, par leur nature, de dicter les règles de la conduite humaine, et s'imposant à tous, en vertu d'un sentiment, et comme d'un instinct, qui équivaut à l'évidence rationnelle [1]. — En d'autres termes, la science, quelque peu défaillante en ces matières, s'y trouve renforcée, sinon même remplacée, par cette révélation obscure, émanée des profondeurs les plus mystérieuses de l'âme, qu'on appelle la croyance, et qui, se rencontrant à la base de toute notre activité, semble, en même temps, indispensable et suffisante pour procurer les directions, sans lesquelles l'homme ne saurait assurer sa marche dans le sens de sa complète destinée. Grâce à la croyance, les règles d'ordre logique, qui ne satisfaisaient que l'esprit, se doublent de règles d'ordre moral, qui éclaireront la volonté. — Et, de l'ensemble surgiront ces principes de vie sociale, acceptés universellement et formant comme la trame de toute organisation, morale, juridique, économique, qui, sous forme principale ou subordonnée, servent à la fois de point de départ aux

---

1 Comp. J. Stuart Mill, *Système de logique déductive et inductive*, trad. L. Peisse, t. II, Paris, 1866. p 551, p. 556-560, qui rattache à l'« art » (opposé à la « science ») la découverte des règles de cette sorte. — Voy. des idées, plus fines et plus judicieuses, à cet égard, chez A. Espinas *(Les études sociologiques en France)* dans *Revue philosophique*, 1882-2°, t. XIV, p. 358-367.

investigations du juriste (législateur, juge, praticien, savant désintéressé) et lui procurent, au cours de sa recherche, la pierre de touche, constamment nécessaire pour la vérification des résultats.

2° A côté de la science, complétée, comme il vient d'être dit, par la croyance, l'interprete (au sens large du mot) trouve une autre force directrice dans cette technique du droit, — œuvre de volonté plus encore que d'entendement, — dont toute l'essence se ramène à une adaptation, aussi parfaite que possible, des moyens au but, mais qui, par là même, et grâce à des procédés inspirés d'un sentiment de téléologie pratique, constitue, elle aussi, un adjuvant méthodologique d'importance capitale. Sans la technique, — nous le verrons mieux plus tard [1], — le droit positif resterait réduit à des lignes vagues, trop générales, n'encadrant que d'un halo impalpable et indéfini le noyau de la vie sociale. Grâce à la technique, tout se limite et se précise. Entre les jalons, posés, à larges espaces, par la science et la croyance, s'interpolent, comme d'eux-mêmes et en vertu d'un instinct aussi sûr que spontané, toute une série de blocs fermes, qui fixent les contours arrêtés de l'organisation juridique.

63. — Il va de soi, d'ailleurs, que ces deux auxiliaires de la procédure méthodologique, la croyance et la technique, se doivent combiner avec les autres procédés d'investigation, communs à toutes les branches du savoir humain, et dont nous avons reconnu, en première ligne, le rôle nécessaire dans l'élaboration du droit positif. Ainsi, la méthode juridique intégrale apparaît comme un mélange extrêmement subtil d'éléments divers, où l'adaptation, quelque peu guindée et pénible, des moyens classiques de la recherche, se trouve rachetée par la fécondité et la souplesse, qu'un sens exact des réalités permet sans peine de découvrir dans l'essence même de la discipline

1. Voy ci-après, les deuxième et troisième parties de ce travail.

Si nous voulions en esquisser comme le schéma général, en la dégageant des variétés, d'ailleurs notables, de son application, et en escomptant les résultats, que nous offrira bientôt un examen plus concret [1], il semble que cette méthode juridique pourrait, dans ses traits principaux, être présentée sous la forme suivante :

Placé en face d'un problème de droit à résoudre, ayant, par suite, à formuler la règle de conduite extérieure, qui doive être imposée dans une situation de fait donnée [2], le jurisconsulte (législateur ou interprète) commencera par l'observation des réalités, qui suscitent et déterminent cette situation : réalités physiques, psychologiques, morales, politiques, économiques, sociales, juridiques même (puisque tout problème se présente dans un ensemble antérieurement constitué), d'où se dégagent les conditions du phénomène à régir. Il remarquera les tendances de l'homme. Il constatera ses besoins. Il relèvera les moyens de satisfaire ceux-ci. Il reconnaîtra, en tout cela, des oppositions, des rapprochements, des facilités ou des difficultés d'adaptation. Cette première observation fournira déjà quelques directions à la recherche : elle permettra d'entrevoir le nœud de la question; elle en montrera les solutions possibles; peut-être inclinera-t-elle le jugement vers l'une d'elles; elle ne saurait, toutefois, entraîner, seule, une conviction juridique.

En effet, pour poser une règle de vie, — ce qui nous apparaît comme la nécessité primordiale du droit, — il faut, à défaut d'axiomes proprement dits, des postulats, qui, s'ils peuvent être suggérés par l'intelligence, ne s'imposeront à nous que par la force de la croyance, seule capable d'emporter, à la fois, adhésion de la raison tout entière et mouvement convergent de la volonté. Pareille croyance semble le propulseur indispensable de toute

1. Voy. ci-après, nos 64-66, p. 194-210.
2. Voy. ci-dessus, n° 16, p. 47-52.

investigation juridique On la rencontre au début de la recherche, sous la forme minima d'une croyance à la justice, analogue à cette croyance à la science que Claude Bernard place à la base de la méthode scientifique [1]. Et la croyance abstraite à la justice se précisera et s'objectivera, au contact des faits, en une série de réalisations plus concrètes, qui fourniront les postulats nécessaires à la découverte des solutions particulières.

Les postulats acquis, souvent vagues et flottants dans leur généralité molle, devront cependant servir d'assiette fixe pour être fécondés et développés par la déduction. Il ne s'agit pas, d'ailleurs, d'une déduction ferme et assurée, comme l'offrent les mathématiques, mais de cette déduction, moyenne et tempérée, — la seule que comportent les sciences sociales, — basée, à défaut d'une identité substantielle, sur l'analogie des situations [2], admettant, par sa nature même, la possibilité d'exceptions, ne marchant qu'appuyée à l'observation des réalités et soutenue par la croyance, pour être à chaque pas, contrôlée dans ses conclusions, et, au besoin, redressée dans ses écarts.

Ainsi, la vue réelle des choses et l'impulsion du sentiment intérieur s'accompagnent incessamment dans la recherche juridique, la seconde donnant la direction morale, l'autre s'épurant et s'approfondissant à son contact, accentuant, d'ailleurs, la finesse de l'observation première, y joignant même une sorte d'expérimentation, comme celle qu'on peut trouver parfois dans les statistiques, soigneusement relevées, interprétées avec sagacité et prudence.

Par là, se peuvent adapter aux investigations de la jurisprudence la plupar des procédés, qui se sont montrés si féconds et ont paru si assurés dans l'élaboration des sciences de la nature physique. De l'observation cri-

1. Claude Bernard, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, Paris, 1865, p 63 p. 119, p 302-303.
2. Voy. ci-dessus, p. 157-158 (n° **54** *initio*).

tique des faits, appuyée par les recherches historiques [1], on dégagera les lois générales, capables de diriger le jurisconsulte, à l'aide des méthodes qui légitiment l'induction scientifique. Et, si celle-ci ne peut, le plus souvent, se fonder, ici, sur un déterminisme rigoureux, il serait manifestement excessif de lui refuser toute vertu, eu égard à ce déterminisme relatif, incontestable pourtant dans ses résultats généraux, qui régit les phénomènes sociaux considérés d'ensemble [2]. Aucun obstacle, non plus, à l'usage de l'hypothèse, prise comme tentative d'organisation, sinon d'explication, des réalités sociales, à condition de la vérifier par l'observation et l'expérimentation et de ne jamais oublier son caractère artificiel et schématique. Et ici, comme dans toutes les sciences, les hypothèses, amplifiées et généralisées, se transformeront en théories et en systèmes, dont la valeur devra rester assujettie aux mêmes conditions et la portée contenue dans les mêmes limites.

A peine est-il besoin d'ajouter, qu'en ce travail de la pensée juridique, se retrouveront toujours, côte à côte, accentuant et régularisant les efforts, l'analyse et la synthèse; celle-là, sans laquelle l'observation manquerait de la précision indispensable à son efficacité; celle-ci, également nécessaire pour maintenir la cohésion des réalités sous l'intuition, qui peut seule en permettre la pénétration profonde [3]. De même, interviendront les définitions, les divisions, les comparaisons, les classifications et les autres moyens, communs à toute investigation scienti-

---

1. Comp G. Hanotaux, *De l'histoire et des historiens. I De l'histoire*, dans *Revue des deux mondes*, n° du 15 septembre 1913, Sixième période, t. XVII, p 305-326

2 Voy. L Liard *Logique*, 1884, p 174-185 — J Stuart Mill, *Système de logique déductive et inductive*, trad L Peisse, t II, 1866, p. 533-540; comp. p. 118-433, p 463-468, p. 504-508, p. 540-549. Et, pour un essai curieux d'application de la méthode inductive au droit de la pratique, cons A. Bozi, *Die Schule der Jurisprudenz*, 1910. — *Einführung in das lebende Recht*, Heft 1, Der Geschworene, 1912

3. Voy. ci-dessus, p. 183-184 (n° 61).

fique, qui puissent constituer des cadres, où les faits, s'accommodant aux exigences de l'esprit, viennent plus aisément se soumettre aux règles qui les doivent dominer.

A côté de cette recherche, — basée sur les données de la vie sociale, éclairées des postulats de la croyance et fécondées par les instruments de la science, — se développe, sous l'influence des nécessités primordiales du droit, une élaboration proprement technique, comportant une méthode toute pragmatique, où les efforts convergeront vers le but à atteindre et se résoudront en procédés tenant plus de l'action que de la connaissance. Ici, l'artifice l'emporte sur la nature et il s'agit moins de découvrir l'enchaînement des phénomènes avec la formule de vie sociale qui s'en dégage, que d'adapter cette formule aux faits d'une façon qui la mette en pleine valeur, aussi bien qu'elle en développe comme un contenu nouveau. — A cet objectif le tact et le doigté du praticien contribueront mieux que la pénétration du penseur. Du moins, les principes de la recherche devront-ils se compléter de moyens plus rapprochés de la vie et plus maniables, dont la mise en œuvre se puisse ramener aux éléments les plus simples et les plus décisifs de la méthode. Ainsi apparaîtront notamment les sources formelles du droit positif, — au premier rang desquelles la loi écrite, — qu'on accepterait malaisément au nombre des postulats rationnels de l'investigation, qui vaudront, au contraire, avec la pleine efficacité que saura leur donner une déduction avisée, en tant que procédés techniques, correspondant, au mieux, aux exigences de la vie juridique.

Bien que logiquement postérieure à la précédente, cette élaboration technique se poursuivra parallèlement à elle et paraîtra parfois d'autant plus aisément s'y confondre, qu'elle ne saurait elle-même rester indépendante de la raison ou de la croyance. Il semble, pourtant, que son caractère strictement téléologique, correspondant à sa nature artificielle, lui assigne, dans la méthode du droit

positif, une place nettement distincte, et qu'elle seule donne à cette méthode sa couleur vraiment scientifique.

Au surplus, le côté technique de la méthode n'a pas une égale importance dans toutes les phases et sous tous les aspects de l'activité du jurisconsulte. Il est clair, par exemple, qu'il joue un rôle plus notable dans l'interprétation du droit positif existant, que lorsqu'il s'agit de constituer ou de réformer celui-ci par la législation. Toujours, cependant, on le retrouve, indispensable pour donner aux règles juridiques cette fermeté, cette précision, cette sécurité, et, pour tout dire d'un mot, cette *adéquation à la vie*, qui ne sauraient résulter d'une investigation purement scientifique.

C'est qu'au fond la technique juridique opère la médiation nécessaire entre les préceptes schématiques de notre discipline et la vie concrète de l'humanité. Et, s'ajoutant à la croyance, dont elle-même est issue, elle exprime, dans toute sa puissance, le caractère réaliste qui nous a paru devoir rester la marque propre de la méthode du droit.

Le rôle capital, ainsi reconnu à l'intuition des réalités juridiques, explique suffisamment la position plus favorable des jurisconsultes en contact incessant avec les faits de la vie sociale, magistrat ou praticien notamment, au regard du savant désintéressé. Il est clair que, par sa situation même, celui, qui se trouve directement en face des circonstances concrètes faisant surgir les problèmes à régler, est mieux à même d'en pénétrer l'essence vivante et de découvrir le nœud de leur solution. La doctrine peut et doit assurément ouvrir les voies, en dégageant les questions, reconnaissant leur place dans l'ensemble du système, préparant les bases des solutions législatives ou judiciaires. Seuls, le législateur ayant à satisfaire les exigences instantes de la vie, mieux encore le magistrat appelé à faire leur part à chacun des intérêts en présence dans un cas litigieux, sont pleinement éclairés et complè-

tement outillés pour la mission qu'il s'agit de remplir [1]. Et ce n'est qu'en s'appuyant sur les résultats de ces investigations concrètes que le jurisconsulte peut s'assurer de rester à la hauteur de sa tâche.

III

64. — La méthode du droit positif, telle que nous venons de l'esquisser dans ses traits capitaux, en la rattachant à la méthode plus générale de la science [2], n'offre rien d'imaginaire, et nous n'avons pas eu à la créer. Conformément aux visées, essentiellement positives et réalistes, de cette étude [3], nous devions simplement, ici comme ailleurs, constater ce qui est, le tenant, par cela même, pour nécessaire, et tentant seulement de l'affiner dans le sens d'une réalisation plus pleine de son but propre, grâce à la claire vue de celui-ci. Aussi bien, n'avons-nous eu, pour découvrir les ressorts de l'investigation et de la dialectique juridiques, qu'à en relever la marche effective, sauf à donner à celle-ci un aspect de régularité et de cohésion, qu'elle ne présente pas toujours et qu'il convient de lui proposer comme l'idéal à atteindre.

En vue de justifier notre exposé théorique, aussi bien que pour en éprouver les conclusions, nous voudrions maintenant nous transporter dans un domaine plus concret, et considérer l'élaboration juridique se poursuivant, en fait, sur quelques problèmes du droit civil. Il suffira d'en signaler deux applications, empruntées, pour plus de

---

1. Comp G. Cornil, *Les codes modernes et le droit romain*, dans *Revue de droit international et de législation comparée*, 1912, IIe série, t. XIV, p. 475 : « Ainsi, les magistrats judiciaires, qui, par l'exercice de leurs fonctions, surprennent directement dans les faits de la vie journalière les moindres mouvements du droit, sont toujours à même d'introduire dans leur administration les innovations que les circonstances commandent ».

2. Voy ci-dessus, chapitre cinquième, §§ I-II, nos **58-63**, p. 167-194.

3. Comp. ci-dessus, p. 16 (no **5** *bis*).

cohésion organique, à la même matière. L'une concerne un problème, un peu général, de réglementation juridique, en face d'un phénomène de la vie sociale découpé au milieu de l'ensemble complexe qui l'encadre. L'autre vise un point très particulier d'interprétation, à propos d'une menue question de droit soulevée naguère devant la justice.

Ainsi, — et sans abandonner le caractère didactique de notre travail, — nous nous offrirons l'occasion de saisir, sur le vif, les procédés employés, soit par le penseur ou le politique, qui cherche à organiser, au vu de la vie sociale, un système de règles juridiques, répondant au but spécifique du droit positif, soit par le consultant, le magistrat, le praticien, appelés à mettre à effet des préceptes, en les adaptant à une situation nettement déterminée par les faits.

Les bornes, que nous impose l'étendue de notre sujet, ne nous permettront pas de pousser, dans tous leurs détails, les exemples choisis. Ce sera assez, d'ailleurs, de préciser, à leur sujet, quelques indications essentielles, que la suite naturelle des idées conduirait aisément au terme de leur développement.

65. — Plaçons-nous, d'abord, en face du problème général des rapports pécuniaires entre époux et de la condition juridique qui en résulte, sous cet angle spécial, pour la femme mariée. Il s'agit, essentiellement, de déterminer dans quelle mesure l'institution du mariage doit agir sur la situation patrimoniale des conjoints, tant dans leurs relations respectives qu'à l'égard des tiers qui entreront en rapports juridiques avec eux, et spécialement, quelle influence exercera cette situation sur les intérêts et les droits de la femme, qui se trouve particulièrement touchée de toute réglementation matrimoniale.

Il va de soi que, ne pouvant reprendre *ab ovo* toutes les questions juridiques impliquées dans un ensemble aussi complexe, nous supposons préalablement reconnus, à titre de faits acquis et tenus ici pour indiscutés, — non

seulement les principes généraux, qui sont à la base de notre organisation juridique positive, tels que la distinction du droit objectif et des droits subjectifs, la personne humaine érigée en sujet nécessaire de ceux-ci, la notion du patrimoine et des droits patrimoniaux, la division de ces derniers en droits réels et droits de créance, la spécification des choses en tant qu'objets des mêmes droits et la distinction connexe des meubles et des immeubles, l'autonomie de la volonté avec ses limites nécessaires, la responsabilité des actes illicites, l'obligation du fait d'enrichissement sans cause, la succession après décès, la sanction publique des droits privés sous les réserves imposées par les exigences sociales traduites dans les théories de la prescription et de la preuve, etc.; — mais aussi bien les préceptes, qui régissent en son essence notre institution matrimoniale : création d'une association *sui generis* entre l'homme et la femme, suivant un statut impératif et d'ordre public; monogamie; indissolubilité de principe et de tendance; devoirs communs des époux; devoirs spéciaux de chacun et notamment devoir de subordination et d'obéissance de la femme assurant au mari prépondérance de pouvoirs, toutes les fois, du moins, que l'égalité apparaît impossible, et allant jusqu'à constituer l'incapacité, quelque peu arbitraire, de l'épouse. — En présence de ce *complexus* de réalités sociales, de notions conceptuelles et de règles positives, qui forme un bloc d'institutions juridiques déjà organisées, on se demande ce que, par le mariage, deviennent les droits des conjoints sur les biens qui leur appartiennent ou pourront leur advenir, et de quelle façon va se traduire, en ce domaine, la position dépendante de la femme mariée.

Ce problème, encore très vaste et fort complexe, demande, pour sa pleine compréhension, à être envisagé, soit dans le domaine scientifique, au vu des éléments naturels qui le conditionnent et qu'il suffit de relever, soit dans le domaine proprement technique, au regard de

l'élaboration artificielle que lui fera subir le jurisconsulte[1].

Or, si l'on se place, d'abord, en face des circonstances de tout ordre, qui en déterminent la position, pour en déduire les directions essentielles à son dénouement, comment va-t-on procéder?

On partira de l'observation physique, psychologique et morale, qui, précisant le problème, en pourra suggérer les solutions. Il s'agit de remarquer les tendances de l'homme, de constater ses besoins, de relever les moyens de les satisfaire. — Du point de vue où nous sommes placés, nous observons, notamment, que le mariage, d'après son but même, engendre, pour les époux, certaine union d'intérêts et de biens qu'on peut appeler, génériquement, l'association conjugale, et qui apparaît comme une nécessité de nature et de fait. En effet, l'homme et la femme mariée, menant une vie commune, et pouvant, devant même, normalement, avoir des enfants à élever ensemble, sont, de ce chef, en face de dépenses communes, auxquelles ils ne peuvent subvenir que par les revenus de leur double fortune ou les produits de leur travail respectif. D'autre part, la confusion, au moins apparente, de leurs intérêts, modifie inévitablement les conditions de leur crédit. Voilà ce que révèle une observation brute et, pour ainsi dire, matérielle, de la situation. — L'observation psychologique permet d'ajouter que la distinction des puissances et des aptitudes respectives recommande entre les époux une division d'attributions, tendant à reconnaître au mari la direction d'ensemble et à confier à la femme l'exécution de détail dans la vie juridique du ménage. — Enfin, l'examen des tendances morales caratérise la collaboration nécessaire des conjoints comme devant être inspirée d'un amour réciproque, où chacun se donne à l'autre pour le plus grand bonheur de tous deux.

1. Voy. ci-dessus, n^os^ **32-34**, p. 95-100, et ci-après, troisième partie.

Toutes ces considérations, suggérées par le simple relevé des réalités d'ordres divers, impliquées dans le problème posé, et mûries par la réflexion qui s'y applique de prime saut, suffisent à esquisser quelques traits de l'association conjugale quant aux biens et en font déjà entrevoir les grandes idées directrices. Mais elles ne nous fournissent pas la règle de droit nécessaire.

Pour que celle-ci se dégage, il nous faut un postulat, issu des profondeurs de la raison, affirmé sous forme de croyance, qui érigera l'association conjugale, entrevue jusqu'alors à l'état amorphe, en un véritable régime de biens entre époux. A cet égard, deux directions se conçoivent. — Ou bien, on estimera bon d'établir un régime d'autorité, imposé à tous les citoyens du pays, comme étant conforme tant à la justice qu'aux conditions sociales. Et l'intuition devra ici se joindre à l'observation, pour dégager ce régime, qui pourra être fondé, soit sur l'idée de séparation des fortunes (paraphernalité ou séparation de biens) avec le correctif d'une contribution imposée à la femme, soit sur l'attribution au mari de pouvoirs importants relativement aux biens de la femme (dotalité au sens large, ou communauté d'administration au sens allemand), soit sur la communauté combinée plus ou moins avec les autres procédés. — Ou bien, une pensée plus éminente de justice commandera de régir principalement la situation par l'autonomie des volontés intéressées, légèrement réglementée en vertu de principes supérieurs d'ordre. D'où surgira la notion de contrat de mariage, venant se surajouter aux précédentes et les dominant, pour consacrer, avant tout, le régime, que les futurs époux auront, d'accord, jugé répondre le mieux à leurs intérêts. Dans ce cas encore, le résultat n'est atteint qu'au moyen d'un postulat, plaqué sur les conditions sociales, mais ayant sa source vraie dans une intuition profonde de la réalité morale.

De ce dernier point de vue, qui donne la prééminence à l'autonomie des volontés privées, il appartiendra encore

à l'autorité, d'établir un régime légal de droit commun, applicable à ceux qui n'auront pas régulièrement exercé la liberté du choix à eux laissé. — Pour la détermination de ce régime de droit commun, si l'on admet, conformément à l'idée essentielle du système, qu'il doit être conforme à la volonté probable de la majorité des intéressés, il faudra rechercher cette volonté. Et l'on sera guidé, dans sa diagnose, par une sorte d'expérimentation, opérant sur les pratiques antérieures, qui sera un perfectionnement des observations originaires. On se servirait, avec profit, de statistiques, telles que celles partiellement établies, en 1900 par M. L. ADAM [1], plus récemment par M. BONNECASE [2], pour nous montrer certains courants d'habitudes ou d'usages en matière de régime matrimonial. — Les mêmes procédés d'observation minutieuse, habilement pratiqués, pourraient diriger l'investigation, quant aux détails des régimes, prévus et proposés par l'autorité sociale. Et, si elles ne sauraient légitimer ici une induction rigoureuse, la méthode de différence, celle des variations concomitantes, employées pour dégager la corrélation des effets et des causes, y auraient leur place en vue de corroborer ou éprouver les suggestions du sentiment.

Cette expérimentation sociale, dans la mesure où elle est possible, restera constamment soutenue par l'hypothèse, sans laquelle elle pourrait difficilement aboutir. Et, par exemple, on devra supposer que la communauté, plus ou moins étendue, donne tels résultats favorables à la cohésion et au développement de la famille, pour pouvoir

---

1. L. ADAM, *Note sur le régime matrimonial de droit commun et les différents régimes admis en France*, dans *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1899-1900, t. XXIX, p. 562-577, reproduit dans *Congrès international de droit comparé de 1900*. Procès-verbaux des séances et documents, t. II, 1907, p. 113-128.

2. J. BONNECASE, *La réforme du régime de la communauté légale et les enseignements de la pratique*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, t. X, p. 317-376.

les vérifier dans les faits et en saisir le lien avec le régime auquel on les rattache. Parfois même, on construira une théorie plus générale, comme celle du crédit largement assuré au chef de famille par un régime matrimonial, qui met en sa main les éléments les plus notables des fortunes respectives (communauté étendue — régime d'union des biens) ; et l'on n'aura plus qu'à découvrir, dans la vie juridique, les conséquences susceptibles de justifier le système ainsi préétabli.

Une fois adoptées les directions générales de cette organisation économique des intérêts des conjoints, grâce à l'intuition et à l'observation qui en dictent les postulats, il s'agit de leur donner la forme nécessaire pour les adapter aux besoins de la vie juridique. — Ici interviendront les concepts, seuls capables d'enfermer les principes dans le cadre précis, que requiert une sérieuse réglementation des faits. Et, les principes donnés, la déduction, s'y appliquant, en tirera toutes les conséquences, auxquelles ne répugnerait pas manifestement le sens pratique. — Supposé admis le principe de la communauté avec suprématie du mari chef, que de nécessités logiques vont s'ensuivre ! Conséquences prochaines, telles que . administration, par le mari, de la communauté, voire même, — avec pouvoirs moindres, — du patrimoine personnel de la femme, effets des engagements du mari sur les biens communs ; réaction, à l'égard de ceux-ci, des obligations de la femme autorisée du mari. Conséquences éloignées, parmi lesquelles on peut citer les avantages attribués à la femme pour contre-balancer l'influence du mari . faculté d'obtenir la séparation de biens judiciaire ; droit de renoncer à la communauté ; bénéfice d'émolument ; préférence pour le paiement des reprises ; hypothèque légale. Tout cela comprenant, d'ailleurs, une série subséquente de déductions, que peuvent seuls tenir en échec des principes ou des considérations contraires.

Ainsi, nous entrons peu à peu dans l'élaboration technique, qui complète les conclusions, encore un peu vagues

fournies par l'examen méthodique des éléments naturels. Il s'agira, notamment, de fixer les traits précis des régimes matrimoniaux, de déterminer, en chacun d'eux, le sort des biens des époux, de limiter les pouvoirs du mari, de définir la situation de la femme, sa dépendance et ses privilèges, en donnant à toutes ces règles une « tournure » juridique, qui permette de les ajuster aisément à la vie — Et, sans doute, semblable résultat s'obtient surtout grâce à certains procédés de mise en œuvre, relevant plus de l'action que de la connaissance, qui, précisément pour ce motif, constituent le côté extérieur et artificiel du droit. Mais, le choix même et la précision de ces procédés ne peuvent être inspirés que par l'observation, l'expérimentation, les hypothèses, l'induction, leur emploi implique un usage avisé de la déduction; et le tout reste dominé par une intuition constante des réalités, qui doit se poursuivre parallèlement à la procédure conceptuelle pour l'éclairer et la diriger.

C'est de cette façon, par exemple, que s'est organisé, en France, *le libre salaire de la femme mariée*. — L'observation des faits, montrant les inconvénients de l'attribution au mari de tous les gains personnels de l'épouse, avait, dès longtemps, suggéré l'idée d'une réforme. Mais l'induction assez vague, qu'on pouvait tirer de là, ne permettait encore qu'une hypothèse, consistant à conférer à la femme un pouvoir de disposition respectivement à certaines valeurs provenant de son travail. — On éprouva cette hypothèse par la disposition insérée, dès 1881, en faveur de la femme, dans la législation des caisses d'épargne (loi du 9 avril 1881, art. 6, *in fine*, voy., depuis lors : loi du 20 juillet 1895, art. 16, al. 3-4). — Après cette expérimentation partielle, complétée par quelques autres (loi du 20 juillet 1886, art. 13, al. 4-6; — loi du 1er avril 1898, art. 3, al. 2), on put, sautant tous les obstacles, accepter, par un élan de croyance, le principe, que la femme mariée mérite pleine indépendance pour tout ce qu'elle gagne par

son travail propre [1]. — Ce principe admis, les déductions s'en tiraient d'elles-mêmes; et il n'était plus que d'en faire la réglementation technique, en précisant ses contours et en réglant sa mise en œuvre (loi du 13 juillet 1907, art. 1-6 et 11).

On voit, par ces indications, — mal dégrossies, et forcément superficielles, — comment, dans l'étude d'un problème général, la méthode juridique emprunte les moyens de toute investigation scientifique, pour les adapter à son objet propre, suivant une procédure qui, si elle peut être améliorée dans les détails, ne saurait prêter à contestation dans son principe.

66. — Envisageons maintenant une question plus menue et plus concrète, se ramenant à un point d'interprétation juridique très précis, dont l'appréciation appartienne non pas au législateur ou au théoricien général du droit, mais plutôt au magistrat, au praticien, au juriste consultant ou critique, pour découvrir également les procédés de méthode employés et aptes à la résoudre.

Ce sera — pour ne pas sortir de l'ordre général d'idées que nous quittons — la difficulté célèbre, soumise aux tribunaux dans l'affaire Lecocq, et qui donna lieu, après le jugement du tribunal de la Seine du 21 mai 1898 [2], à l'arrêt de la Cour de Paris du 1er février 1900 [3], puis, sur pourvoi, à l'arrêt de cassation de la Chambre civile du 25 juin 1902 [4]. — On sait, qu'en l'espèce, il s'agissait essentiellement

1. Pareil principe ne se justifie bien que par cette considération que les gains d'un travail personnel de la femme ont, d'après notre notion du mariage et de la famille, quelque chose d'anormal. Sans quoi, on comprendrait mal la différence établie, par la législation actuelle, entre les gains du travail du mari et ceux du travail de la femme. — Comp. R. SALEILLES, dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1902, t. I, p 144-145.

2 Trib. Seine (4e ch.), 21 mai 1898, *Le Droit* du 10 juin 1898

3. Paris, 1er février 1900, Sir. 1900. 2. 121

4. Civ. cass., 25 juin 1902, Sir. 1902. 1. 305; D. P. 1903. 1. 5.

de savoir si et dans quelle mesure le droit d'auteur, afférent à des œuvres littéraires ou artistiques, produites pendant le régime par un compositeur marié sous la communauté d'acquêts, entrait dans l'actif commun, de telle sorte, qu'après un divorce prononcé aux torts de la femme, celle-ci, acceptant la communauté, pût prétendre, pour moitié, à l'exercice, ou, du moins, aux bénéfices, dans l'avenir, de ce droit faisant partie de la masse partageable[1].

Si l'on veut, d'abord, examiner ce problème, d'après le « donné » de la vie juridique, et indépendamment des moyens proprement techniques de sa solution, on remarque, avant tout, qu'il soulève un conflit essentiel entre les droits de la personnalité (de l'auteur ou de l'artiste) et les droits de la communauté aux résultats économiques de l'activité de chaque époux commun en biens; les uns impliquant une autonomie individuelle sans limites, les autres postulant la mise en commun de tout ce qui apparaît produit du travail, réputé issu de la collaboration des époux et destiné à subvenir aux besoins présents ou futurs de la famille. Et, ce qui rend ce conflit particulièrement grave, c'est, qu'en adoptant la communauté, l'époux, auteur ou artiste, semble bien avoir abdiqué quelque chose de son droit personnel. De sorte qu'il faudra surtout chercher si pareille abdication est licite et, à la supposer telle, dans quelle mesure elle doit être présumée voulue[2].

---

1. Parmi les études et travaux, relatifs à cette affaire, nous relevons ici, comme particulièrement intéressants pour notre objet : R. Saleilles, note dans Sir. 1900. 2. p. 121-125. — Baudouin (procureur général), conclusions développées devant la Chambre civile de la Cour de cassation, D. P. 1903. 1, p. 9-14. — Ch. Lyon-Caen, note dans Sir. 1902. 1, p. 305-307. — A. Colin, note dans D. P. 1903. 1, p. 5-8. — E. Thaller, *Des rapports de la propriété littéraire et artistique avec le régime de communauté*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, t. II, p. 55-82.

2. Comp. E. Thaller, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, t. II, p. 64-69, et dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1908, t. VII, p. 242-246, p. 249-250.

Or, pour résoudre toutes ces questions, on se servira principalement de l'observation, qui, seule, peut permettre de distinguer, suivant les différents cas et formes de sa mise en œuvre, ce qu'il y a de vraiment personnel dans le droit d'auteur et si l'on doit supposer, chez les parties, l'intention de le comprendre dans la masse commune. De fait, une analyse minutieuse des hypothèses, où ils se manifestent, complétée par l'observation des réalités sociologiques qui les entourent, et, dans la mesure du possible, par l'expérimentation de leurs résultats (par exemple, dans l'opinion des gens du métier, ou, mieux encore, dans les enseignements pratiques du droit comparé[1]), éclaire singulièrement les rapports de la propriété littéraire ou artistique avec la communauté conjugale[2]. On arrive à constater, par exemple, que, parti du fonds le plus intime de la personne, le droit d'auteur tend, pour se réaliser productivement, à s'en détacher peu à peu et à se constituer à part comme droit patrimonial, de telle sorte que certaines circonstances (décès de l'auteur, peut-être cession du droit à un tiers), ayant rompu tout à fait la création personnelle, dégagent, en quelque sorte, l'élément pécuniaire et le laissent sans difficulté entrer dans la communauté, tandis, qu'à leur défaut, le caractère propre du droit d'auteur paraît devoir le tenir en dehors d'une participation étrangère qui paralyserait le développement exigé par sa nature[3]. — Encore, tout n'est-il pas dit par là. Et, pour tirer parti de ces résultats de l'analyse, faudra-t-il accepter certains postulats, suggérés par

---

1. Voy. R. Saleilles, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 110, note 1.

2. Comp R Saleilles, note dans Sir. 1900. 2, p. 121, col. 1, p. 121, col. 3 et p. 122, col. 1-2 — Baudouin, conclusions d'après D. P. 1903. 1, p. 11, col 1-2. — A. Colin, note dans D. P. 1903. 1, p 8, col. 2 *in fine*.

3. Comp R. Saleilles, note dans Sir. 1900. 2, p. 122, col. 3 et p. 123, col. 1-2. — *Adde* : p. 124, col. 1-2 et p. 125, col. 2-3.

la croyance appuyée à une intuition constante de la réalité [1]. Ainsi, certains penseront qu'une abdication volontaire du droit, en tant qu'issue de la personnalité même de l'auteur, ne peut être légitimement admise, ni pour libérer pleinement sa patrimonialité en cas de cession à un tiers, ni même pour le faire entrer totalement dans la communauté [2]. D'autres accepteront largement, au contraire, l'effet de la volonté de l'auteur, tenant son œuvre pour définitive et renonçant à la reprendre, pour l'abandonner tout entière, soit à un cessionnaire étranger, soit à la communauté [3]. D'autres, enfin, considérant ces dernières solutions comme nécessaires, dans la vie juridique contemporaine, chercheront seulement à les tempérer, en conservant à l'auteur, absolument dessaisi, par sa volonté, des profits pécuniaires éventuels de son droit, la faculté d'exercer, sur son exploitation, le contrôle, que requièrent les droits inaliénables de sa personnalité [4]. De même encore, si tout ce débat suppose admise l'attribution à la communauté (même d'acquêts) des produits de l'activité des conjoints, des divergences sont possibles sur la portée, que mérite ce postulat, et on peut hésiter à

---

1. L'importance de cet élément ressort notamment de l'argumentation *ab absurdis*, constamment employée et jugée la plus décisive par tous les jurisconsultes : quand un principe conduit à une solution, que le sentiment déclare nettement inadmissible, on en conclut, sans hésiter, qu'il est, dans cette mesure, du moins, inacceptable. — Voy. des exemples de ce raisonnement chez Saleilles, note dans Sir 1900. 2, p. 121, col. 1, p 122, col 2 et p 123, col. 1, p 124, col. 3 *in fine* et chez A. Colin, note dans D. P. 1903. 1, p. 5, col 2, p. 6, col 2 et p. 7, col. 1-2, p 8, col 2. — Voy. aussi E. Pouillet, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3e éd., Maillard et Claro, Paris, 1908, n° 187, p. 231-235.

2. Comp. E. Thaller, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, t. II, p. 64-69 et *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1908, t. VII. p. 242-246.

3. Comp. Req. rej., 16 août 1880, Sir. 1881. 1. 25 — Trib. Seine (4e ch.), 21 mai 1898, *Le Droit* du 10 juin 1898.

4. Comp Civ. cass. 25 juin 1902, Sir. 1902. 1. 307 et Ch Lyon-Caen, note sous cet arrêt, *ibid.*, p 306, col. 3 et p 307, col. 1.

l'appliquer aux œuvres littéraires et artistiques, en tant que leur productivité dépasse les limites temporaires de la communauté conjugale et qu'elles représentent ainsi un capital d'avenir plutôt qu'une simple somme de revenus accumulés [1]. — C'est donc en combinant l'observation et la croyance, en usant de rapprochements féconds et de comparaisons pénétrantes, qu'on aboutit à obtenir quelques principes directeurs, sur la base desquels se développera une ample déduction, toujours appuyée d'hypothèses suggestives, et sous le contrôle incessant d'une intuition régulatrice. — On trouvera et on admirera le modèle, presque achevé, de semblable méthode, dans la note publiée par M. R. SALEILLES au *Recueil de Sirey*, sous l'arrêt de Paris du 1er février 1900 [2].

Mais cette élaboration, hautement scientifique, ne peut guère que préparer la solution cherchée. Du moins, ses résultats ne s'imposeront-ils que s'ils s'harmonisent avec les éléments proprement techniques, qui seuls assurent aux règles du droit positif la fermeté et la précision indispensables à leur pleine efficacité.

A ce point, interviennent les dispositions légales, tant sur la constitution du régime matrimonial que sur les droits d'auteur. On y joindra aussi, pour y préciser la nature juridique de ces derniers, certaines distinctions capables de les encadrer, distinctions des biens suivant leur caractère physique (meubles ou immeubles) [3], ou suivant leur origine économique (produits du travail ou capitaux

---

1 Cette considération a été nettement présentée par M. A. COLIN, note dans D. P. 1903. 1, p. 7, col. 2 et p. 8, col. 1.

2. R. SALEILLES, note dans Sir. 1900. 2, p. 121-125.

3. Cette distinction, importante pour l'attribution du droit d'auteur d'un époux à la communauté légale (Req. rej., 16 août 1880, Sir. 1881. 1. 25), restait inutile dans l'affaire Lecocq, en présence d'un régime de communauté d'acquêts, pour lequel la solution légale était contenue à l'art. 1498, C. civ.

acquis d'autres sources)[1], distinction du droit moral de l'auteur et de sa faculté pécuniaire d'exploitation. — Les esprits, principalement touchés par le côté formel du droit et pénétrés, avant tout, du besoin d'une simplicité parfois fallacieuse, seront volontiers tentés de prendre ces éléments techniques pour base exclusive de leurs raisonnements. Pareille tendance l'emporte manifestement, par exemple, dans la note, publiée au *Recueil de Sirey* par M. Ch Lyon-Caen, sous l'arrêt de cassation de la Chambre civile du 25 juin 1902[2] Il part du principe que la loi fait tomber dans la communauté légale tous les meubles des époux et dans la communauté d'acquêts les produits de l'industrie exercée par l'un des conjoints au cours du mariage. Ceci posé, il lui suffit de constater que le droit d'auteur, afférent à des œuvres publiées au cours du mariage, répond à l'une comme à l'autre détermination, pour en conclure qu'il doit être compris dans la masse commune. Rencontrant une objection tirée de la nature théorique du droit d'auteur (monopole d'exploitation plutôt que propriété), il n'éprouve aucune difficulté à y répondre, en restant appuyé à la généralité des solutions légales (art. 1401 1° et art. 1498 C. civ.). Il trouve une difficulté plus sérieuse dans le caractère personnel du même droit, qui non seulement ne le laisse pas pleinement cessible, mais exige qu'on en maintienne la libre disposition à l'auteur lui-même, tant du moins qu'il est là pour l'exercer. L'observation et le sentiment, qui lui font reconnaître quelque bien-fondé à cette vue, l'amènent à y donner la satisfaction nécessaire, en mettant en œuvre la distinction du droit pécuniaire d'exploitation, totalement abandonné à la communauté, et du droit moral de contrôle, réservé à l'auteur dans les limites tracées par la décision

1. Voy la note qui précède.
2. Ch. Lyon-Caen, note dans Sir. 1902. 1, p. 305-307. -- Cpr. note dans Sir. 1881. 1, p. 25-26.

même de la Chambre civile. Après avoir, au moyen d'une fine analyse de faits et d'idées, précisé les caractères de chacun de ces droits, pour en déduire les conséquences, il ne lui reste plus qu'à atténuer les inconvénients pratiques et à résoudre les contradictions qu'on reproche à la solution qu'il préfère. — On a pu, d'ailleurs, manier avec plus de souplesse l'armature du système juridique et en ramener plus directement et plus complètement les moyens aux solutions suggérées par la nature des choses [1]. Mais le procédé méthodologique restait essentiellement le même. Les principes légaux étant connus, ou les catégories juridiques admises, il s'agissait toujours d'en tirer logiquement les conséquences, sous le contrôle de l'observation, nécessaire pour mesurer les faits et les rattacher aux préceptes dont ils dépendent [2].

Il est remarquable, au surplus, que l'usage, fait, de part et d'autre, de procédés méthodologiques analogues, appuyés sur des postulats qui semblaient fort différents dans leur esprit, ait abouti à des conclusions assez voisines [3], si l'on veut donner toute sa portée à la formule judicieuse et souple de l'arrêt de cassation du 25 juin 1902 [4]

---

1. Voy., par exemple, R. SALEILLES, note dans Sir. 1900, 2, p. 124, col 1-2 et p 125, col. 1.

2. Voy. encore : BAUDOUIN, conclusions, d'après D. P. 1903 1, p 9-14.

3 Voy. à cet égard, les observations de J CHARMONT, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1903, Nouvelle série, t. XXXII, p. 14-16.

4 « ... Attendu que, des principes sus-énoncés, il résulte que lors de la dissolution de la société d'acquêts, la masse partageable doit, en l'absence d'une clause contraire du contrat de mariage, comprendre le monopole d'exploitation afférent aux œuvres publiées par l'un ou l'autre des époux durant l'union conjugale, sans toutefois que la mise en commun de cet émolument puisse porter atteinte à la faculté de l'auteur, inhérente à sa personnalité même, de faire ultérieurement subir des modifications à sa création, ou même de la supprimer, pourvu qu'il n'agisse point dans un but de vexation à l'égard de son conjoint ou des représentants de ce dernier ». Civ. cass., 25 juin 1902, Sir., 1903. 1. 307.

Il faut convenir, toutefois, qu'en laissant dépendre la mise à effet du droit pécuniaire de reproduction du libre arbitre loyalement exercé par l'auteur, en vertu de son droit personnel, la solution de la Cour suprême, indépendamment des difficultés qu'elle soulève, tend plutôt à attiser les conflits qu'à les apaiser. Et, d'autre part, l'opinion élégante de M. Saleilles, qui réserve plus pleinement le droit de l'auteur, sous la condition, nécessaire et suffisante, qu'il l'ait conservé et qu'il soit là pour l'exercer en personne, aboutit à faire varier les droits effectifs de la communauté, suivant des éventualités (cession du droit d'auteur; — prédécès de l'auteur), dont le résultat paraît assez étrange, au regard du caractère intéressé de la communauté entre époux. Sans compter que toutes ces solutions resteraient d'une application pratiquement impossible, au cas d'un régime de communauté d'acquêts, stipulé purement et simplement et sans autres développements, si l'on supposait des œuvres littéraires ou artistiques entreprises par un conjoint avant le mariage et continuées, ou peut-être achevées, au cours de celui-ci.

En présence de ces difficultés ou complications, que soulèvent les systèmes le plus habilement nuancés, n'en reviendra-t-on pas à chercher, malgré tout, à échapper à la contradiction irréductible des deux points de vue qu'on prétend concilier [1]. Le moyen, qui s'en laisse entrevoir, consisterait peut-être à envisager le travail littéraire ou artistique, en soi, comme un de ces fonds de productivité personnelle, qui, représentant des qualités propres à l'individu, ne sauraient entrer eux-mêmes en aucune sorte de communauté, mais laissent seulement advenir à celle-ci (qu'il s'agisse de communauté d'acquêts, légale, ou même universelle) les produits qui en échoient au cours

1. Rappr. A. Colin, note dans D. P. 1903, 1, p. 5-8, surtout p. 8.

du régime [1]. Si une pareille conception reste malaisée à accorder avec certaines dispositions incidentes de notre législation des droits d'auteur (Décret du 5 février 1810, art. 39. — Loi du 14 juillet 1866, art. 1er, al. 2), qui, en prétendant réserver le droit commun, ont eu le tort de lui assigner une expression contestable, elle paraîtrait tout à fait conforme aux textes qui traduisent le plus nettement le caractère essentiel de ces droits (Loi des 19-24 juillet 1793, art. 1er). Il y a mieux. On peut se demander, si, formulée d'abord à propos des droits d'auteur, considérés comme offrant la traduction juridique la plus franche de la notion moderne du travail, la même conception n'arriverait pas à s'étendre à toute manifestation d'activité humaine, en envisageant celle-ci comme le résultat d'une énergie créatrice, essentiellement propre à l'individu et dont les produits successifs feraient seuls, à vrai dire, — sous certaines réserves que la législation moderne tend à accentuer (voy. notamment loi du 13 juillet 1907), — l'objet des conventions privées. — Quel que soit le mérite de ces idées, qui paraîtront sans doute téméraires à l'heure actuelle, il suffit d'observer ici que leur mise en valeur s'offrirait toujours par les mêmes procédés méthodologiques, dont nous avons constamment relevé l'emploi dans tout le développement de cette controverse.

67. — En définitive, l'examen concret des voies suivies par le jurisconsulte, mis en face des réalités sociales qu'il doit régir (nos **64-66**), vient confirmer les conclusions, que nous avait suggérées la considération théorique de sa mission et des moyens, s'offrant à lui, de la remplir (nos **58-63**).

C'est la méthodologie générale de toute discipline

---

1. Comp. E. Thaller, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903, t. II, p. 64-69 et *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1908, t. VII, p. 242-246, p. 249-250.

humaine et sociale, que nous avons retrouvée dans le droit, avec les particularités provenant de l'objet à pénétrer (vie des hommes en société) et du but poursuivi (règles de conduite à imposer) · observation des réalités dégageant les problèmes et en préparant la solution ; nécessité de postulats, entrevus par intuition et acceptés par un élan de croyance, pour servir de bases aux inférences; prédominance de la déduction, seule apte à féconder les principes et à les mettre en pleine valeur ; l'expérimentation restant rare et n'intervenant guère qu'à titre d'observation renforcée pour contrôler les résultats acquis par le raisonnement logique; les hypothèses se présentant sous forme conceptuelle et s'érigeant parfois en théories, afin de donner aux principes une fermeté artificielle, qui puisse en augmenter la portée déductive. Au total, une procédure extrêmement complexe et nuancée, toute pénétrée de casuistique et de dialectique, mélange constant d'analyse et de synthèse, où les procédés *a posteriori*, qui fournissent les solutions adéquates, supposent des directions *a priori*, proposées par la raison et la volonté.

Tel sont, d'ailleurs, les traits, qui se trouvent au fond des études les plus pénétrantes sur la méthode juridique [1]. Et, si l'on peut regretter, voire déplorer, la variabilité et l'inconsistance, qui en résultent pour les solutions les plus nécessaires au maintien de la vie sociale, à tout le moins faut-il commencer par en reconnaître le caractère inéluctable.

Cela fait, on observera pourtant que la croyance suprême en la justice, qui inspire tous les efforts de l'investigation, appliquée aux réalités de l'existence en société, leur

---

1. Voy *Les méthodes juridiques*, Paris, 1911, notamment : F. Larnaude, *Le droit public. Sa conception. Sa méthode*, p. 1-61. — E. Thaller, *La méthode en droit commercial*, p. 131-152. — E. Garçon, *De la méthode du droit criminel*, p. 197-231.

fournit, sur sa base résistante, un élément susceptible des développements les plus riches. Et l'on sentira, en même temps, qu'au moyen d'une élaboration technique, déliée et s'orientant librement vers son but, il est possible de regagner quelque chose de la précision et de la fermeté, que semblait refuser à la discipline juridique le flottement de sa méthode

C'est sous les espérances, éveillées par ces pressentiments, que nous aborderons les deux parties qui vont suivre.

BIBLIOLIFE

Old Books Deserve a New Life
www.bibliolife.com

Did you know that you can get most of our titles in our trademark **EasyScript**™ print format? **EasyScript**™ provides readers with a larger than average typeface, for a reading experience that's easier on the eyes.

Did you know that we have an ever-growing collection of books in many languages?

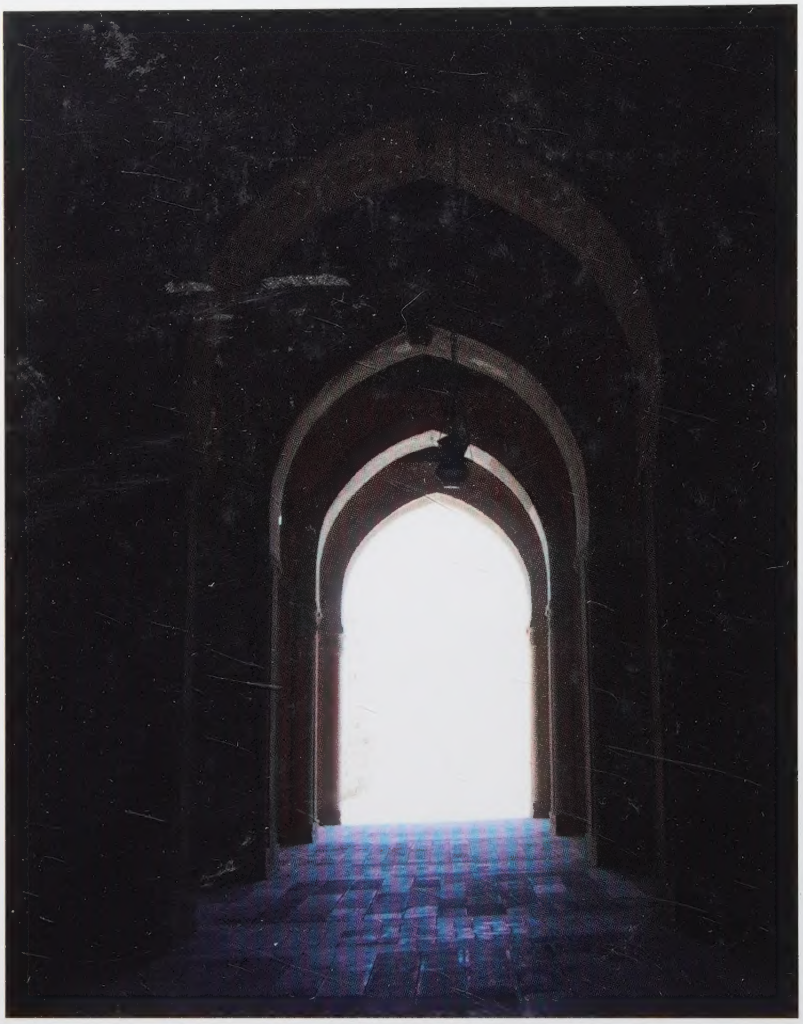
Order online:
www.bibliolife.com/store

Or to exclusively browse our **EasyScript**™ collection:
www.bibliogrande.com

At BiblioLife, we aim to make knowledge more accessible by making thousands of titles available to you – quickly and affordably.

Contact us:
BiblioLife
PO Box 21206
Charleston, SC 29413

CPSIA information can be obtained
at www ICGtesting com
Printed in the USA
LVOW10*2358290617
539892LV00022B/654/P



Book
5G02E0G0007KR
SE6000
Compare at $1.7
Sale 25% Off
s $4
7.5
15 881449
900-BAA-186

BIBLIOLIFE